

البناية في شرح الهداية

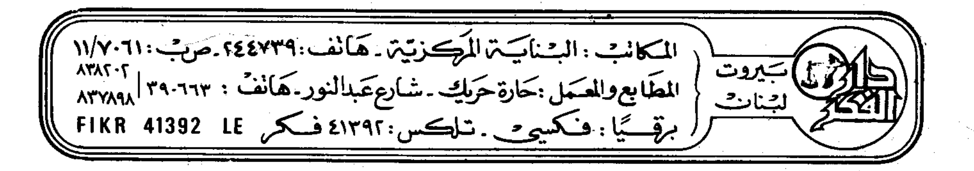
لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء العاشر

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها
دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له

(كتاب الولاء)

أورده عقيب المكاتب، لانه من آثار زوال ملك الرقبة قبل الاعتاق أيضاً زوال ملك الرقبة ، فكان ينبغي أن يذكر عقيبه . أجيب بأن فيه أثرا من آثار المكاتب وهو المرجح لايراده ها هنا دون عقيب الاعتاق ، ثم الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة ، إلا أنه اختص في الشرع مولى العتق والموالاة، واشتقاقه من الولي وهو القرب، وحصل الثاني بعد الاول من غير فصل . وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل.

(قال) أي المصنف « رح » (الولاء نوعان ولاء عتاقة) أي أحدهما ولا عتاقة ، وتنوع الولاء إلى نوعين باختلاف السبب (ويسمى) أى ولاء العتاقة (ولاء نعمة) اقتداء بكتاب الله تعالى ﴿ واذ تقول للذي انعم الله عليه وأنعمت عليه ﴾ ٣٧الاحزاب أي انعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق ، والآية في زيد بن حارثه مولى رسول الله ﷺ.

(وسببه) أى سبب ولاء العتاقة (العتق على ملكه في الصحيح) احترز بالصحيح عن قول أكثر أصحابنا حيث قالوا أن سببه الاعتاق مستدلين بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجه الصحيح ما أشار اليه بقوله (حتى لو عتق قريبه عليه) أى على الشخص (بالوراثة) بأن ورث ابنه وأباه (كان الولاء له) أى للذي ورثه ولا اعتاق هنا ، فعلم أن السبب هو العتق والحكم يضاف إلى سببه يقال ولاء العتاقة ، ولا يقال ولاء العتاق. وقال الأترازي استدلالهم بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ضعيف ، فان من يملك القريب يعتق عليه ويثبت

وولاء موالاة ، وسببه العقد، ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة، والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء . وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه ، فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم

الولاء بإجماع أهل العلم وفيه نظر ، لان عندهم اذا ملك قريبه يعتق عليه ولا يثبت الولاء لعدم الاعتاق ، نص عليه تاج الشريعة وغيره ، فكيف يقول ويثبت الولاء بإجماع أهل العلم . والأوجه أن يقال جعل العتق سبباً أولى لعمومه بخلاف الاعتاق ، ولأن في الاعتاق عتقاً بدون عكس ، والإستدلال بما فيه العموم أولى .

(وولاء موالاة) أي النوع الثاني ولاء موالاة ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى (وسببه) ولاء الموالاة (العقد ، ولهذا يقال ولاء العتاقه وولاء الموالاة) . باضافة الولاء إلى العتاقة والموالاة (والحكم يضاف إلى سببه) كما عرف في الأصول (والمعنى فيهما التناصر) هذا بيان مفهومها الشرعي ، أراد أن الولاء في الشرع عبارة عن التناصر ، سواء كان ذلك ولاء عتاقة أو ولاء موالاة ومن آثار التناصر العقد والإرث ، ثم أشار إلى بيان ذلك بقوله (وقد كانت العرب تتناصر بأشياء) بالقرابة والصداقة والمؤاخاة والحلف والعصبة وولاء العتاقة ولاء الموالاة .

(وقرر رسول الله ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه) وهما ولاء العتاقة وولاء الموالاة ، ثم فسر ذلك بقوله (فقال عليه السلام ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم) هذا الحديث رواه أربعة من الصحابة رضي الله عنهم الأول رفاعة بن درقي روى حديثه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الأدب حدثنا وكيع عن سفيان عن عبد الله بن أبي عثمان بن هيثم عن اسماعيل بن عبد الله بن رفاعة أي رافع الرزقي عن جده قال قال رسول الله ﷺ مولى القوم منهم وابن اختهم منهم وحليفهم منهم ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطبراني في معجمه ورواه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة الأنفال ، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

ورواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب (١) ثنا عمرو بن خالد الحراني ثنا زهير ثنا عبد الله بن عثمان به ، وذكر فيه قصة ولفظه أن النبي ﷺ قال لعمر أجمع في قومك فجمعهم فلما حضروا باب النبي ﷺ دخل عليه عمر رضي الله عنه فقال قد جمعت لك قومي فسمع ذلك الأنصار فقالوا قد نزل في قريش الوحى فجاء المستمع والناظر ما يقال لهم فخرج النبي ﷺ فقام بين أظهرهم فقال هل فيكم من غيركم ، قالوا نعم فينا حليفنا وإبن أخينا وموالينا فقال النبي ﷺ حليف القوم ... إلى آخره ، ورواه أحمد أيضاً حدثنا عفان حدثنا بشر بن المفضل حدثنا عبد الله بن عثمان بن هشيم به .

الثاني أبو هريرة رضى الله عنه روى حديثه البزار في مسنده حدثنا زريق بن البخت حدثنا محمد بن عمر بن واقل عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال حليف القوم منهم وابن أخيهم منهم .

الثالث عمرو بن عوف روى حديثه الدارمي وابن أبي شيبة واسحاق بن راهوية في مسانيدهم والطبراني في معجمه من حديث كثير بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده عمرو بن عوف أن رسول الله ﷺ كان قاعداً معهم فدخل بينهم ثم قال ادخلوا علي ولا يدخل على إلا قرشي قال فتسللت فدخلت فقال ﷺ يا معشر قريش هل معكم أحد ليس منكم ، قالوا يا رسول الله ﷺ معنا ابن الأخت والمولى والحليف فقال رسول الله ﷺ ابن اخت القوم منهم وحليفهم منهم ومولاهم منهم ومن طريق ابن أبي شيبة رواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث ،

الرابع عتبة بن غزوان روى حديثه الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن علي العمر ثنا عبد الملك بن بشير الشامي ثنا عمر أبو حفص ثنا عتبة غزوان عن أبيه ابن غزوان أن رسول الله ﷺ قال يوماً لقريش هل فيكم من ليس منكم ، قالوا ابن أخينا عتبة بن غزوان قال ابن أخت القوم منهم ، وحليف القوم منهم رواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا محمد بن عمر الواقدي حدثنا ابراهيم بن محمد بن شرحبيل العبدي عن عتبة بن غزوان

---

(١) أظن أنه قصد الأدب المفرد ، اه مصححه .

والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يوكدون الموالاة بالحلف .

قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولاءه له لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ، ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه

فذكره ، فهذه الأحاديث ترد على أبي الحسن بن الفر حيث يقول في كتابه البينة على مشكلات الهداية الثابت مولى القوم منهم ، وأما قوله وحليف القوم منهم فلا يعرف في كتب الحديث هذه الزيادة .

(والمراد بالحليف مولى الموالاة) ولقائل أن يقول (لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف) أي المراد بقوله عليه السلام وحليفهم هو مولى الموالاة ، ولقائل أن يقول لا نسلم أن يكون المراد بالحليف مولى الموالاة ومن أين علم أنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف ، بل الحلف أنهم كانوا يتحالفون على أن يكونوا يداً واحدة على من عاداهم وخالفهم ولا يفهم من ذلك عقد الموالاة .

(قال)أي القدوري (وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضي الله عنها لما اشترط لبريرة اشترط أهلها أن ولاءها لهم فسألت عائشة رضي الله عنها النبي ﷺ فقال أعتقيها فانما المولى لمن أعتق ، أخرجه البخاري في المكاتب ، ومسلم وأبو داود في العتق والترمذي في الولاء ، والنسائي وابن ماجة في الأحكام ، وأخرجه أيضاً مسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة قال أرادت عائشة رضي الله عنها أن تشتري جارية تعتقها فأبى أهلها إلا أن يكون لهم الولاء ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لا يمنعك ذلك، فانما الولاء لمن أعتق .

وقال عبد الحق في الجمع بين الصحيحين وأخرجه البخاري من حديث ابن عمر في المكاتب وفي الفرائض ، وجة الإستدلال بهذا الحديث أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك . فان قلت الإستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً ، لأن أعتق مشتق من الإعتاق . قلت الأصل في الإشتقاق مصدر الثلاثي وهو العتق .

(ولأن التناصر به) أي بسبب الإعتاق ، أي يحصل بسببه (فيعقله) أي إذا كان المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق فيعقله ، لأنه إذا غنم بنصره بغرم عقله (وقد أحياه

معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاء ، ولان الغنم بالغرم ، وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة « رض » وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين

معنى) أي وقـــد أحيا المولى مولاه من حيث المولى (بإزالة الرق عنه) الذي هو جزء الكفر الأصلي والكفر موت والرقيق هالك حكماً ، ألا ترى أنه لا يثبت في حقـه كثير من الأحكام التي تعلقت بالإحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعـــة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك ، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه ، فكان احياء معنى ، ومن أحيا غيره معنى (فيرثـــه) كالوالد (ويصير الولاء كالولاء) فالولاء يوجب الإرث فكذلك الولاء .

فان قلت ينبغي أن يرث المعتق من المعتق أيضاً إذا لم يترك المعتق عصبة نسبية كـما هو قول الحسن بن زياد . قلت المعتق أجنبي منه وقد جاء في المعتق نص بخـلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ، وذكر الامام سراج الدين في شرح الفرائض السراجي أن المعتق لا يرث من المعتق عند العامة . وقال اسحـــاق بن راهويه والحسن بن زياد وبشر المريسي يرث لما روي أن رجلا مات على عهـــد رسول الله ﷺ ولم يكن له وارث إلا عبداً كان أعتقه فدفع النبي عليه السلام ميراثه إليه ، والصحيح قول العامة ، لأن ذلك الحديث غـــير صحيح ، ولئن صح فهومنسوخ بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ، وكذلك معارض بقول علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما حيث قالا لا ميراث للمعتق .

(ولأن الغنم بالغرم) أي لأن الغنيمة بأن الغرامة وهـذا يخدم الوجهين فلذلك أخره (وكذا المرأة تعتق) أي وكذا حكم المرأة التي تعتق، يعني ولا معتقها لهـــا . وقوله تعتق جملة وقعت حالاً وليست بصفة لأنها نكرة فلا تقع صفة لمعرفة (لما روينا) وهــو قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ، وكلمة من عامة تتناول الذكور والإناث(ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها ،وعن بنت فجعل النبي ﷺ المال بينهما نصفين) هذا معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالاً على ثبوت الولاء للمرأة وجميع الشراح سكتوا عـــن بيان أصل هذا الحديث وعن بيان اسم ابنة حمزة هذا،وعن بيان حكمه في الصحة فنقول

وبالله التوفيق هذا الحديث أخرجه النسائي وابن ماجة في سننهما في الفرائض عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة بن عبد المطلب رضى الله عنه قالت مات موالي وترك ابنه له فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته فجعل إلى النصف ولها النصف .

ثم أخرجه النسائي عن عبد الله بن عون عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد أن ابنة حمزة أعتقت مملوكاً لها فمات وترك ابنته ومولاته ... الحديث ، قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى وابن أبي ليلى كثير الخطأ .

وروى الدارقطني في سننه في الفرائض عن سليمان بن داود حدثنا يزيد بن زريع ثنا سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنه أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف ولإبنة حمزة النصف ، انتهى . ففي هذا الحديث السابق أن المولى لابنته وانها التي أعتقته ، ولكن ضعيف فقد قال صاحب التنقيح وسليمان بن داود هذا هو الشأن كوفي وقد ضعفوه وكذبه ابن معين وغيره ، وقال أبو حاتم متروك الحديث . وقال البخاري هو عندي أضعف من كل صعيد ، وأما إسم إبنة حمزة هذا فهو امامة صرح به الحكم في المستدرك فرواه في كتاب الفضائل عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عبد الله بن شداد وهو أخو امامة بنت حمزة لأنها عن أخته امامة بنت حمزة بن عبد المطلب فذكره بلفظ النساء وسكت عنه ، هكذا وقع فيه إسمها امامة ، قال ابن الأثير وهو الصحيح .

وقال ابن عساكر في أطرافه لم تكن إبنة حمزة هذه امامة ، فلا أدري من هي ، انتهى . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حسين الجعفي عن زائدة عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم عن عبد الله بن شداد عن فاطمة بن حمزة بن عبد المطلب قالت مات مولى لي وترك إبنة فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته فجعل لي النصف ولها النصف . ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطبراني في معجمه .

ورواه ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا عبد الله بن ادريس حدثنا أبو اسحاق الشيباني عن

ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه . قال فإن شرط أنه سائبـــة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لان الشرط مخالف للنص فلا يصح .

عبد الله بن أبي الجعد عن عبد الله بن شداد عن فاطمة بنت حمزة رضي الله عنه فـذكره ففي هذين الكتابين إسمها فاطمة ورواه أبو داود في المراسيل عن شعبه عن الحكم عن عبد الله بن شداد وقالوا أتدرون ما إبنة حمزة منى كانت أختي لأمي وانها اعتقت مملوكاً لها فتوفى وترك إبنتيه ومولاته ، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه بينهما نصفين .

وروى أبو داود أيضاً في مراسيله ما يخالف هذا عن ابراهيم قال توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب فأعطى النبي عليه السلام بنت حمزة النصف وقبض النصف والله أعلم .

(ويستوي فيه) أي في ثبوت الولاء (الاعتاق بمال وبغيره) أي بغير المال ، وكذا العتق بقرانه أو كتابته عند الأداء وتدبير أو استيلاد بعد الموت ، وسواء أيضاً كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول .

(قال) أي القدوري (فإن شرط أنه سائبة)أي أن العبد يكون حراً أولاً ولا بينة من ساب الماء يسيب إذا جرى وذهب كل مذهب . قال الصنعاني في العباب السائبة العبد كان الرجل إذا قال لغلامه أنت سائبة فقد عتق ، ولا يكون ولاؤه لمعتقه ويضع مـــاله حيث شاء ولا عقل بينهما ، والسائبة أيضاً الناقة التي كانت تسيب في الجاهلية لنذر ونحوه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لأن الشرط مخالف للنص) وهو قوله عليه السلام أعتق (فلا يصح) أي إذا كان مخالفاً للنص ، فلا يصح ، وهذا مذهب جمهور العلماء ، وعند أحمد لم يكن له الولاء عليه إن أعتقه سائبة ، فلو أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله . وفي المنصوص عن أحمد لو خلف مالاً ولم يدع وارثاً اشترى بماله رقاباً فأعتقهم ، لأن إبن عمر رضي الله عنهما أعتق عبداً سائبة فمات فاشترى بماله رقاباً فأعتقهم . وقال مالك ومكحول وابو العالية والزهري وعمر بن عبد العزيز يجعل ولاءه لجماعة المسلمين ، كـــذا فعله بعض الصحابة .

قال وإذا أدى المكاتب عتق والولاء للمولى وإن اعتق بعد موت المولى ، لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب ، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته ، لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاءهم له ، لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد . ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءه له لوجود السبب

(قال) أى القدوري (وإذا أدى المكاتب) أي بدل الكتابة (عتق وولاؤه للمولى ، وإن أعتق بعد موت المولى ، لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب) أي قررنا في باب الكتابة أن ولاءه لمولاه ، وهو قول عامة الفقهاء . وعن عمرو بن دينار لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن عليه ولاؤه كما لو اشتراه أجنبي وقال مكحول المكاتب إذا شرط ولاء مع رقبته جاز . وقال قتادة من لم يشترط ولاء مكاتبه ، فلمكاتبه أن يوالي من شاء للجمهور حديث بريرة وقد مضى مستقصى .

(وكذا العبد الموصى بعتقه) أي وكذا يكون ولاؤه للميت لأن العتق يقع عنه (أو بشرائه) أي أو الموصى بشرائه (وعتقه بعد موته لأن فعل الوصي بعد موته) أي بعد موت الموصى (كفعله) أي كفعل الموصى في حياته (والتركة على حكم ملكه) أي على حكم ملك الموصي الميت في حق الوصية .

(وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاءهم له، لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد) فيه لف ونشر ، فقوله بالتدبير يرجع إلى قوله مدبروه ، وقوله والاستيلاد يرجع إلى قوله وأمهات أولاده (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق ، وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه) أي على الذي ملك ، وقد مر في العتاق مستقصى .

وهو العتق عليه . وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبداً، لانه عتق على معتق الام مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولاءه عنه عملا بما روينا، وكذلك إذا ولدت ولداً لاقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق، أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر لانهما توأمان يتعلقان معاً، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى والزوج وإلى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل

(وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر) أي لرجل آخر ، وفي بعض النسخ أمة رجل آخر (فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل) أي والحال أن الأمة حامل (من العبد عتقت وعتق حملها) تبعاً لها (وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً ، لأنه عتق على معتق الأم) بكسر التاء (مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصوداً) أي حال كونه مقصوداً بالعتق ، لأنه أضاف الإعتاق إلى جميع أجزائها وهو منها ، فيعتق مقصوداً كالأم ، فإذا كان كذلك (فلا ينتقل ولاءه عنه عملا بما روينا) وهو قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق .

(وكذلك إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر) من حين أعتقت (للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق) أي للتيقن بوجوده في البطن حين الإعتاق فيعتق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) أي يوم مثاله وللآخر بعد يوم (لأنهما توأمان يتعلقان معاً) لأن المرأة المتحلة من الولادتين إذا كانت أقل من ستة أشهر يكون الولد توأماً وحكم التوأم لا يختلف . وإذا ثبت وجود أحدهما وقت الإعتاق ثبت وجود الآخر ، فقد جرى عليهما عتق مقصود ، فلا ينتقل الولاء .

(وهذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى) أي والحال أنها حبلى (والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب ، لأن الجنين غير قابل

لهـــذا الولاء مقصوداً ، لان تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له . قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولـــداً فولاءه لموالي الام ، لانه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتـاق حتى يعتق مقصوداً ، فـــإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب لأن العتق ها هنا في الولد يثبت تبعـــا للأم ، بخلاف الأول ، وهذا

لهذا الولاء مقصوداً ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو) أي الجنين (ليس بمحل له) أي للايجاب والقبول فهذا أظهر الفرق بين الصورتين .

(قال فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه لموالي الأم ، لأنــه عتق تبعاً للام لاتصاله بها) أي لاتصال الولد بالأم (بعد عتقهــا فيتبعها في الولاء) لولاء الأم لمولى الأم ، فكذا ولاؤه تبعاً لها (ولم يتيقن بقيامه) أي بقيام الولد أي بوجوده (وقت الإعتاق ، وحتى يعتق مقصوداً) كما في الفصل الأول فلا جرم عتق تبعاً لها (فان أعتق) وهو (الأب) فلذلك فسره بقوله (جر الأب ولاء إبنه) إلى مواليه (وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب) وهو قول جمهور الفقهاء والتابعين والصحابة رضي الله عنهم ، وقال داود وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن أن الولاء لا يجري عن موالي الأم ، وقـــد روي عن عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما مثل هذا (لأن العتق ها هنا) أي فيما إذا ولدت لعتقها أكثر من ستة أشهر (في الولد يثبت تبعاً) لا مقصوداً ، والأصل إذ العتق متى ثبت مقصوداً لا ينتقل الولاء كما بينا ، ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل ، وهنا ثبت العتق تبعاً (للام) لعدم التيقن بقيامه وقت الإعتاق ، فإذا تبعها في العتق تبعها في الولاء أيضاً كما ذكرنا لعدم أهلية الأب ، فإذا صار الأب أهلا بالإعتاق عاد الولاء إليه .

(بخلاف الأول) أي الفصل الأول ، وهو ما إذا أعتقها وهي حامل أو ولدت لأقل من ستة أشهر ، فإن العتق فيه ثبت مقصوداً فلا ينتقل الولاء فيه البتة (وهذا)أي انتقال

الولاء من موالي الأم إلى موالي الأب (لأن الولاء بمنزلة النسب) والنسب إلى الأداء ، فكذا الولاء ، وإنما جعل الموالي للأم بطريق التبعية ضرورة عدم مولى للاب ، فإذا ارتفعت هذه الضرورة بحدوث المولى له عاد إليه ، ثم استدل على كون الولاء بمنزلة النسب بقوله (قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة .

الأول : عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخرج حديثه إبن حبان في صحيحه في القسم الثاني عن بشر بن الوليد عن يعقوب بن ابراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن إبن عمر قال ، قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب . ورواه الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن عن أبي يوسف القاضي يعقوب بن ابراهيم عن عبد الله بن دينار به . ومن طريق الشافعي رواه الحاكم في المستدرك في كتاب الفرائض وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه . وبطريق آخر أخرجه الحاكم في كتاب مناقب الشافعي عن علي بن سليمان الاخميمي ثنا محمد بن ادريس الشافعي ثنا محمد بن الحسن ثنا أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عبد الله بن دينار به . قال الحاكم كذا قال فيه عن أبي حنيفة وهو وهم . قال الشافعي رواه عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار نفسه ، وبطريق آخر أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عن محمد بن زياد حدثنا يحيى بن سليم الطالقي عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ، وقال لم يروه عن اسماعيل بن أمية إلا يحيى بن سليم .

الثاني : ابن أبي أوفى أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن عبيد بن القاسم الاسدي عن اسماعيل بن أبي خالد عن ابن أبي أوفى قال قال رسول الله ﷺ الولاء لحم كلحمة النسب لا تباع ولا توهب . ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بعبيد بن القاسم ، ونقل عن ابن معين أنه قال فيه كان كذاباً .

الثالث : أبو هريرة أخرج حديثه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن أبي أنيسة عن

الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال، قال رسول الله ﷺ الولاء لحم ... إلى آخره ، سواء وأعله بيحيى بن أبي أنيسة وأسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وأحمد وعلي بن المديني وابن معين .

فإن قلت ذكر البيهقي حديث نهى عن بيع الولاء وهبته ، ثم ذكر عن الشافعي أبا محمد بن الحسن عن يعقوب بن ابراهيم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب . ثم ذكر عن أبي بكر النيسابوري قال هذا خطأ ، لان الثقات يروونه هكذا ، وإنما رواه الحسن مرسلا ، ثم قال البيهقي روي من أوجه أخر كلها ضعيفة . قلت يرد عليهما ما ذكرناه من حديث عبد الله بن عمر حديث عبد الله بن أبي أوفى من الطريق الذي أخرجه الطبري في تهذيب الآثار ، وهو طريق صحيح ، فقال حدثني موسى بن سهل الرملي ثنا محمد بن عيسى يعني الطباع ثنا عبد بن القاسم عن اسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال ، قال رسول الله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب .

ثم اعلم أنه ليس في الحديث بوجوهه المذكورة ولا يورث، فقال الدارقطني في كتاب العلل ورواه أيوب بن سليمان الاعور عن عبد العزيز بن مسلم القسملي عن عبد الله بن دينار به لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فزاد فيه ولا يورث، ثم قال ولم أجد في شيء من طريق الحديث ولا يورث قوله لحمة كلحمة النسب ، أي تشابك ووصلة كوصلة النسب ، قالوا يورث عند جمهور العلماء والفقهاء وأصحاب الظاهر ، وقد شدد شريح قال بأنه يورث كالمال عن المعتق ، فمن ملك شيئاً من الولاء حال حياته فهو لورثته وكان بين ابن المعتق وبنته للذكر مثل حظ الانثيين . وعن سليمان بن يسار أنه كان مولى لميمونة فوهبت ولاءها لابن عباس رضي الله عنهما ، وللجمهور ما ذكره .

فان قلت ما معنى قولهم الولاء يورث ، قلت معناه مما لا يورث عينه، يعني لا يجري فيه سهام الورثة ولكن يورث به ، وهو قول علي وزيد وأحد الروايتين عن ابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه أخذ علماؤنا. وفي رواية أخرى لابن مسعود أن الولاء مما يورث عينه

ثم النسب إلى لآباء فكذلك الولاء ، والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليـــه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة . فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف مـــا إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون

كما المال يجرى فيه سهام الورثة ، وهو قول شريح والنخعي ، وقد روي مثله عن أبي يوسف في غير رواية الاصول ، حتى لو ترك المعتق أباً وإبناً كان لابيه السدس والبـــاقي لابنه ، وكذلك إذا ترك إبناً وإبنة فميراث المعتق بينهما للذكر مثل حظ الانثيين .

(ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء) إلى الآباء (والنسبة إلى موالي الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة) لكونه عبداً (فاذا صار أهلا) بالحرية (عاد الولاء إليه) لارتفاع الضرورة (كولد [1] الملاعنه ينسب إلى قوم الام ضرورة) لاجل اللعان الثاني نسبة إلى الاب (فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه) وهو الاب لارتفاع الضرورة بالإكذاب .

فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ، فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته . قلنا لا تنفسخ ولكن حدث ولاء المولى منه فقدم عليه ، كما نقول في الاخ أنه عصبة ، فاذا حدث من هـــو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصيبه ، ولكن يقدم عليه .

(بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق) هذا يبطل بقوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه يعني هنا يعود الولاء ، وها هنا لا يعود . قوله إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو طلاق ، أي أو أعتقت المعتدة عن طلاق وأطلق الطلاق ليشمل البائن والرجعي جميعاً ، وكذا طلقة طلقت الحاكم الشهيد والطحاوي قيده بالبائن مختصرة واتبعه الإمام الاسبيجابي في شرحه (فجاءت بولد أقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام . وإن أعتق الاب لتعذر

---

(١) ولد — هامش .

الولد مولى لموالي الأم ، وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء ، وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك فاستند إلى حالة النكاح ، فكان الولد موجوداً عند الاعتاق فعتق مقصوداً ، وفي الجامع الصغير فإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعاً لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي

إضافة العلوق الى ما بعد الموت) لإستحالته من الميت (والطلاق البائن) أي ولتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الطلاق البائن (لحرمة الوطء) بعد الطلاق البائن (وبعد الطلاق الرجعي) أي ولتعذر إضافة العلوق أيضاً إلى ما بعد الطلاق الرجعي .

(لما أنه يصير مراجعاً بالشك) لانه لو حمل وطئه في العدة يصير مراجعاً ، ولو حمل إلى ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً ، والمراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك ، فاذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك (فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً)ومن أعتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا أنها إذاجاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق،وأما إذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي، ففي البائن مثل ما كان . وأما الرجعي فولاء الولد لموالي الاب للتيقن بمراجعته . وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد لأكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لأقل من سنتين كما ذكرت ، وعليه يدل التعليل المذكور فيها ، فالظاهر أنه وقع من الكتاب ، انتهى .

قلت وقع في بعض النسخ لاقل من سنتين ، وفي نسختي أيضاً كذلك ، وكذا ذكر في المبسوط لاقل من سنتين أو لتمام السنتين ، لان النسب تنسب إلي سنتين . ومن ضرورته أن يكون العلوق قبل الطلاق .

(وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام ، لانهم عتقوا تبعاً لامهم ، ولا عاقلة لابيهم ولا موالي) لكونه في الرقبة

فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا، فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ، ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم، وإنما يثبت للأب مقصوراً لأن سببه مقصور ، وهو العتق . بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون .

(فألحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة) حيث تنسب إلى قوم الام ضرورة (على ما ذكرنا) أراد به قوله كولد الملاعنة ينتسب إلى قوم الام ... إلى آخره ، وإنما ذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل .

(فإن أعتق الأب) أراد به العبد الذي هو زوج المعتقة المذكورة (جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا) أراد به عند قوله فان أعتق ... [1] الأب ولاء ابنه إلى آخره (ولا يرجعون) أي عاقلة الأم (على عاقلة الأب بماعقلوا ، لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم وإنما يثبت للاب مقصوراً) أي على زمان عتق الأب (لأن سببه) وهو عتق الأب (مقصور) أي غير مستند إلى وقت سابق (وهو العتق) أي السبب هو العتق .

(بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون) أي قوم الأم (عليه) أي على الملاعن ، أي على عاقلته (لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق) لا من وقت الإكذاب فانه لا يتصور أن لا يكون عند العلوق ولد الإنسان ثم يصير ولداً له بعد فتبين أن النسب كان ثابتاً من الأب حين جنى ، وأن موجب جنايته على عاقلة الأب وأجبر عاقلة الأم على القضاء فيرجعون عليهم بذلك ، وهو معنى قوله (وقد كانوا مجبورين على ذلك) أي وكان عاقلة الأم مجبورين على القضاء (فيرجعون)

---

(١) هنا كلام غير مقروء من الأصل .

قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة « رح » .

على عاقلة الاب ، لانهم قضوا ديناً عن غيرهم بحكم القاضي فلهم الرجوع .

(قال) أي القدوري (ومن تزوج من العجم) وهو جمع عجمي ، وهو خلاف العربي وإن كان فصيحاً (بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء ولدها [1] لمواليها عند أبي حنيفة) وكذا أموالهم لذوي أرحامه ، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شيء في وجوث معتق الام وعصبته . وفي الزاد وشرح الاقطع صورة المسألة بالحر العجمي الذي ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة أو لم يكن . وفي الفوائد هذه المسألة على وجوه إن زوجت نفسها من عربي فولاء الأولاد لقوم الأب في قولهم ، لأن الشرف بأنساب الاعراب أقوى . وإن زوجت نفسها من المعجمي الذي له أباً في الاسلام فولاء الاولاد لقوم الاب عند أبي يوسف « رح » بلا ريب .

وعلى قولهما اختلف المشايخ ، حكي عن أبي بكر الاعمش وأبي بكر الصفار أنه لقوم الاب ، وقال غيرهما لقوم الام ، وإن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب والى أحداً أو لم يوال وهي مسألة الكتاب . وإن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولاء الولد لموالي الام إجماعاً ، إلا إذا أعتق العبد فيجد الولاء وفي المبسوط إذا كانت الامة معتقة إنسان والاب مسلم نبطي لم يعتقه أحد فالولد مولى لمولى الام ، وكذا إذا كان نبطي كافر ثم أسلم ووالى رجلا فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون الولد مولى لموالي الأم ، وعند أبي يوسف « رح » في الفصلين لا يكون الولد مولى الأم ولكنه منسوب إلى قوم أبيه ، لأنه كالنسب والنسب إلى الآباء .

وفي مغني الحنابلة إذا كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه ولا يكون عليه ولاء ، وهو قول أكثر أهل العلم ، سواء كان الأب عربياً أو عجمياً ، وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو مجهول النسب أو معلومه ، وهو قول أبي يوسف ومالك « رح » وابن شريح من أصحاب

---

(١) أولادها — هامش .

قال رضي الله عنه وهو قول محمد . وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه، لأن النسب إلى الاب كما إذا كان الأب عربياً ، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً ،

الشافعي . وقال ابن اللبان من أصحاب الشافعي وقيل هذا قول أبي حنيفة ، وبه قال القاضي الحنبلي إن كان مجهول النسب يثبت الولاء على ولده إلى الأم إن كانت موالاة، وهو ظاهر مذهب الشافعي « رح » وبه قال القاضي الحنبلي . وقيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد رحمهم الله ، ولكن ذكر في الحلية فان كان الأب حر الأصل والأم معتقة ثبت الولاء على الولد ، سواء كان الأن عربياً أو عجمياً . وقال أبو حنيفة إن كان عجمياً يثبت الولاء على الولد وبناءه على أصله في جواز استرقاق عبدة الأوثان من العجم دون العرب ، فان كان الأب معتقاً والأم حرة الأصل فهل يثبت الولاء على الولد ، فيه وجهان ، أحدهما أنه لا يثبت ، والثاني أنه يثبت ، أما إذا كان الأب مجهول النسب محكوماً بحريته بالظاهر والأم معتقة قيل يثبت الولاء على الولد لمولى الأم . قال أبو العباس قياس قول الشافعي لا يثبت ، كما لو كان معروف النسب . وقال ابن اللبان يثبت وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد .

(قال العبد الضعيف وهو قول محمد أيضاً [1]) أي قول أبي حنيفة وهو قول محمد بن الحسن أيضاً (وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه) فلا يكون عليه ولاء إعتاقه وإنما يورث ماله حيث ذوي أرحامه ، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فلأنه لا يكون ولاؤه لمولى أمه (لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً) إنما كان النسب إلى الإبن لانه منسوب إليه ، قال عز وجل ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ فصار ملحقاً بالاب، فأخذ حكمه، في كل وجه لانه حر .

(بخلاف ما إذا كان الاب عبداً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان النسب إلى الإماء وجب أن يستوي الاب الحر والعبد ، وليس كذلك . فأجاب بقوله

---

(١) قال رضي الله عنه — هامش .

لانـــه هالك معنى . ولهـما أنـ ولاء العتاقـة قوي يعتبر في الاحكـام حتى اعتبرت الكفاءة فيـــه والنسب في حـق العجم ضعيف ، فإنهم ضيعوا أنسابهم ، ولهـــذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف . بخلاف ما إذا كان الاب عربياً لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما

بخلاف ما إذا كان الاب عبداً (لانه) أي لأن العبد (هالك معنى) لانه لا يملك شيئاً ، ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي ، قال الله تعالى ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ الانعام ، فصار حال هذا الولد في الحكم حال من الاب له فنسب إلى موالي الام ، وهذا المعنى معدوم إذا كان الاب حراً ، لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء .

فإن قلت لو كان هالكاً لما جرى القصاص . قلت جريانه لآدميته لا لحريته ورقه ولا نقصان في ذلك .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حـــق الاحكام)لانه ولاء نعمة(حتى اعتبرت الكفاءة فيه) أي في ولاء العتاقة ، حتى لا يكون معتق العجم كفوءاً لمعتقة العرب ، ولهذا يجوز إبطال حرمة العجم بالإسترقاق (والنسب في حق العجم ضعيف فانهم) أي فان العجم (ضيعوا أنسابهم) حيث لم يعتبروا ذلك قبل الإسلام ، وكان تفاخرهم وتقييدهم بعمارة الدنيا ، حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفوءاً لمن له أبوان في ذلك ، وتفاخرهم بعد الإسلام بالإسلام ، وإليـــه أشار سلمان رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من فقال سلمان رضي الله عنه :

أبي الإسلام لا أب لي سواه إذا افتخروا بقيس أو تميم

(ولهذا) أي ولاجل كونهم ضيعوا أنسابهـــم (لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الاب عربيـــاً ، لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل ، لما أن تناصرهم بها) أي بالانساب (فأغنت عن الولاء)

أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء ، قال رضي الله عنــــه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً وفي الجامع الصغير

أي أغنت أنسابهم عن التناصر بالولاء .

(قال العبد الضعيف (١) الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيــــه (في مطلق المعتقة)إنما قال ذلك لان محمداً « رح » ذكر المعتقة مطلقاً ، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك (والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً) أي وضع القدوري هذه المسألة في مختصرة بقوله ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب وقـــع على سبيل الاتفاق له القصد،قيل تعليل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في قوله والنسب في حق العجم ضعيف يرجح ولاء العتاقة إذا كانت المعتقة من العرب ، لان الولاء لحمة كلحمة النسب ، والنسب في حق العرب قوي ، فكذلك معتقهم يحكى حكاية النسب،فكان قرباً فرجح حينئذ معتق العرب على المنسوب في العجم لا مطلق المعتق .

وأجيب بأن المصنف قال والقوة فيما إذا كان في جانب الاب ، حتى أن الاب إذا كان عربياً والام معتقة إنسان فولاء الولد لقوم الاب بالإتفاق . وأمـا في جارية الام فألحقوه بمجرد كونها معتقة على نسب العجم ، ألا ترى أنهما تعرضا لمطلق ولاء العتاقة ، فإن من له أب واحد في الحرية لا يكون كفوءاً لمن له أبوان في الحرية ، وأمـــا في النسب فليس كذلك ، فإن من له أب واحد في الخلافة أو الإمارة يكون كفوءاً لمن له أبوان فيهما ، فعلم بهذا أنهما يرجحان بمجرد ولاء العتاقة ، سواء كان معتق العرب أو العجم على نسب العجم، فصح قوله الخلاف في مطلق المعتقة .

(وفي الجامع الصغير نبطي) النبطي واحد النبط وهم جبل من الناس بسواد الطريق، وفسر الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب . وفي العباب قال ابن دريد النبطجبل معروف وهم النبط والانباط.وقال غيره النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط ، يقال رجل نبطي ونباطي ونباطاً مثل يمني ويماني، وحكى يعقوب نباطي بضم النون فان قلت لم ذكر لفظ الجامع الصغير . قلت لبيان أن محمداً ذكر المعتقة مطلقاً

(١) قال رضي الله عنه – هامش .

كافر تزوج بمعتقة قوم ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولاداً ، قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم ، وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم ، لان الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية . ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله ، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي . ولو كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الاب لانهما استويا ، والترجيح لجانبه لشبهة بالنسب

ولاشتماله ولاء الموالاة بحيث قال نبطي (كافر تزوج بمعتقة قوم) أي بمعتقة كافرة نصرانية ، إنما قلت هكذا ليتصور المسألة ، إذ المسلمة لا تتزوج تحت الكافر بعقد النكاح ، وكذلك قال فخر الإسلام معنى هذا أن تكون المعتقة كافرة كتابية إنما قيد بالكتابية ، لان غير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام الزوج فافهم . (ثم أسلم النبطي ووالى رجلا) أي عقد عقد الموالاة (ثم ولدت أولاداً ، قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم) .

(وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم ، لان الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الاب ، وصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية) يعني بين العجم الاصلي والعربية الاصلية ، فيكون النسب للأب بالاتفاق ، توضيحه أن واحداً من العجم إذا تزوج بعربية وهما حران غير معتقين فولدت أولاداً فانهم ينسبون إلى قوم أبيهم ، فكذا إذا كانت معتقة ، وهنا لان النسبة إلى الام ضعيفة ، ولهذا لا يستحق لها العصوبة .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (إن ولاء الموالاة) أضعف من ولاء العتاقة (حتى يقبل الفسخ) بأن أراد أحدهما فسخه (وولاء العتاقة لا يقبله) أي الفسخ (والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي) أراد بالضعيف ولاء الموالاة ، وبالقوي ولاء العتاقة (ولو كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الاب لانهما استويا) أي لان الابوين استويا في المعتوقية (والترجيح لجانبه) أي لجانب الأب (لشبهة) أي لشبهة الولد (بالنسب) بالحديث

أو لأن النصرة به أكثر . قال وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته

المذكور (أو لأن النصرة به) أي بقوم الأب (أكثر) من النصره بقوم الأم .

(قال) أي القدوري (وولاء العتاقة تعصيب) أي موجب للعصوبة والتعصيب هو جعل الانسان عصبة ، ومنه قولهم الذكر يعصب الأنثى ، أي يجعلها عصبة (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة) وهو قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وعن ابن مسعود رضي الله عنهما تقدم ذوي الأرحام على مولى العتاقة ، وروي عن عمر وعلي مثله .

(لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له . ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته) الكلام في هذا الحديث على أنواع، الأول أنه أخرجه الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون عن الأشعث عن الحسن أن رجلا أتى النبي ﷺ برجل فقال اني اشتريت هذا فاعتقته فما ترى فيه ، قال أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك، قال فما ترى في ماله قال إن مات ولم يدع وارثاً فلك ماله .

ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا أبو عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن رضي الله عنه قال أراد رجل أن يشتري عبداً فلم يقض بينه وبين صاحبه ،فحلف رجل من المسلمين بعتقه فاشتراه فأعتقه فذكره النبي ﷺ فقال إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك،قال فكيف بميراثه فقال عليه السلام إن لم يكن له عصبة فهو لك.

ورواه أيضاً محمد في كتاب الولاء من الاصل عن أبي يوسف عن اسماعيل بن سلم عن الحسن البصري عن رسول الله ﷺ .

وورث ابنة حمزة « رض » على سبيل العصوبة مع قيـــام وارث ، وإذا كان عصبة يقـــدم على ذوي الارحـام وهو المروي عن علي رضي الله عنه ،

النوع الثاني : أن هذا الحديث مرسل من مراسيل الحسن البصري الصحيحـــة وهي مقبولة عندنا يعمل بها .

النوع الثالث : في معناه فقوله هـو أخوك يعني في الدين ، قوله إن شكرك يعني إن شكرك بالمجازاة على ما صنعت إليه فهو خير له ، لانه انتدب لما ندب إليه ، ولانه يثاب بمقابلة شكره ، لان شكر النعمة مندوب. قوله وشر لك لانه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره في الآخرة من الثواب . قوله وإن كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الآخرة وشر له ، لانه كفر النعمة وكفران النعمة قبيح ، قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله ، رواه أحمد وغيره . قوله ولم يترك وارثاً أي وارثاً وهو عصبته . قوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد لم يترك عصبة حيث لم يقـــل كنت أنت وارثه .

(وورث) بالتشديد أي ورث النبي ﷺ (إبنة حمزة رضي الله عنها على سبيل العصوبة مع قيام وارث)وهو بنت الميت،وذلك لان النبي عليه السلام أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة وقد مر بيان الحديث من قريب مستوفى .

(وإن كان) أي المعتق بكسر التاء (عصبة) أي المعتق بفتح التاء (يقدم على ذوي الارحام) لان العصبة هو الذي يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض وهو مقـدم على ذوي الارحام (وهو المروي عن علي رضي الله عنه) يعني تقديم المولى على ذوي الارحام ، وهو المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولم يثبت هدا عن علي رضي الله عنه ، بل الثابت عنه خلاف ذلك ، فان عبد الرزاق أخرج في مصنفه وقال أخـبرنا الثوري أخبرني منصور عن حصين عن ابراهيم قال كان عمر وابن مسعود رضي الله عنهـما يورثان ذوي الارحام دون الموالي فقلت لعلي بن أبي طالب فقال كان أشدهم في ذلك ، انتهى . والذى ذكره هو المروي عن زيد بن ثابت رضي الله عنها فأخرج عبد الرزاق في مصنفـه

فـإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق ، لان المعتق آخر العصبات ، وهـــذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثـــاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام . قال فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا ، وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويلـــه إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ،

فقال أخبرنا عمر عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يورث الموالى دون ذوى الارحام . ولو قال المصنف وهو المروى عن زيد بن ثابت رضي الله عنهما لكان أصح وأبعد من الخطأ .

(فان كان للمعتق) بفتح التاء (عصبة من النسب فهو أولى من المعتق ، لان المعتق) بكسر التاء (آخر العصبات) لانه عصبة سببية فتأخر عن العصبة النسبية (وهذا) أى كون العصبة من النسب أولى بالميراث من المولى (لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبة) برفع قوله عصبة على أنه صفة لقوله وارث (بدليل الحديث الثاني) الباء تتعلق بقوله قالوا ، أى قالت العلماء ذلك مستدلين بالحديث الثاني وهـو حديث بنت حمزة رضي الله عنها ، وذلك لانه عليه السلام جعلها عصبة مع وجود الوارث ، لأن البنت الصلبية وارثة وليست بعصبة ، فعلم بهذا أن قوله عليه السلام فان مـات ولم يترك وارثاً وارث هو عصبة لا وارث مطلق (فتأخر) أي الموالي (عن العصبة) أي عن عصبة المعتق بفتح التاء (دون ذوي الأرحام) يعني لا يتأخر عنهم ،بل يتقدم عليهم كما ذكرنا.

(قال) أى القدورى (فان كان للمعتق) بفتح التاء (عصبة من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا) أراد به قوله وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحـام (وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) بكسر التاء ، وهو المولى (تأويله) أى تأويل قول القدورى فميراثه للمعتق (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال) ذكروا لهذه الجملة تأويلين ، أحدهما أن معنى قوله صاحب فرض ذو حال الفرض كالاب والجد ، فان لهما حالاً سوى حال الفرض وهي العصوبة ، فالمعتق لا يرث مع وجودهما ، بل الاب أو الجد

أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه ، لانه عصبة على ما روينا ، وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة يأخذ ما بقي ، فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته ،

يأخذ الباقي بعد فرضه . والثاني أن معناه ذو حال واحد كالبنت ، فان كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث . وقال الاترازى يكون الضمير في فله الباقي على التأويل الاول راجعاً إلى صاحب الفرض ، وعلى الثاني إلى المعتق .

وقال صاحب العناية والثاني أوجه ، لأنه حلل قوله (أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه) أي بعد أخذ فرضه بقوله (لأنه عصبة على ما روينا) أشار به إلى قوله عليه السلام ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته (وهذا) أشار إلى قوله (لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أي القبيلة ، يقال للقبيلة الواحدة بيت النسبة (وبالموالى التناصر)[1] أي ويكون بالمولى الانتصار ، وهكذا في بعض النسخ (على ما مر) أشار به إلى ما ذكره في أول كتاب الولاء بقوله وكانت العرب تناصر بأشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه (والعصوبة يأخذ ما بقي) هذا من تمام الدليل،وتقريره فله الباقي ، لأنه عصبة والعصبة تأخذ الباقي .

(فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته) أراد أن الذكور من أولاد المولى يرثون بعتق دون الإناث منهم ، حتى لو مات ولم يترك إلا بنت المعتق فميراثه لبيت المال لا لبنت المعتق في ظاهر الرواية ، ولكن بعض مشايخنا يفتون بدفع المال إليها في هذا الزمان لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة وبيت المال كان في زمن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ، ولهذا أفتوا بإعطاء المال للإبن والإبنه من الرضاع لا لبيت المال لعدمه ، كما أفتى أصحاب الشافعي بإرث ذوي الأرحام في هذا الزمان لعدم بيت المال ، كذا في الذخيرة وفرائض الأسنجي .

---

(١) الانتصار هامش .

لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ، ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي آخره أو جر ولاء معتقهن

ثم استدل على ذلك بقوله (لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ، ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره أو جر ولاء معتقهن) الكلام فيه على أنواع الأول أن هذا لم يثبت عن النبي عليه السلام ، وإنما أخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم كانوا يجعلون الولاء أكبر من العصبة ولا يرثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن .

وأخرج أيضاً عن ابراهيم قال كان عمر وعلي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم لا يرثون النساء من الولاء إلا ما أعتق . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن الحسن أنه قال لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو كاتبن . وأخرج نحوه عن ابن سيرين وابن المسيب وعطاء والنخعي ، وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الحرار عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال لا تورث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن .

النوع الثاني : في معناه فقوله إلا ما أعتقن كلمة ما هنا بمعنى من كما في قوله تعالى ﴿ والسماء وما بناها ﴾ ٥ الشمس ، أي ومن بناها ، وها هنا محذوفات مقدرة منها المستثنى منه فتقدير الكلام ليس للنساء من الولاء شيء إلا ولاء ما أعتقنه أو ولاء ما أعتقته من أعتقنه أو ولاء ما كتبن أو ولاء ما كاتبه من كاتبنه وذكر في شرح كتب الفرائض بعد قوله أو كاتب أو كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن ، انتهى ، وكذلك التقدير في هذا ولاء ما دبره أو ولاء ما دبره من دبره أو جر ولاء معتق معتقهن ، أو ولاء معتق معتقهن أو ولاء مكاتب مكاتبهن ، أو ولاء مدبرتهن أو ولاء مدبر مدبرهن ، والولاء الذي هو مجرور معتقهن أو الولاء الذي هو مجرور معتق معتقهن .

النوع الثالث . في صورة ما ذكر ، فصورة ولاء معتقهن ظاهرة بأن أعتقت عبدها

ثم مات المعتق وترك معتقته هذا فولاه لها ، فلو أعتق معتقها عبداً آخـر ومـات المعتق الأول ، ثم الثاني فولاء الثاني لها أيضاً ، وهذا صورة معتق المعتق ، وصورة ولاء مكاتبهن بأن قالت امرأة لعبدها كاتبتك على ألف درهم مثلاً فقبل العبد ذلك ، فاذا أدى بـــدل الكتابة يكون ولاؤه للمرأة وصورة ولاء مكاتب مكاتبتهن بأن كاتب هذا المكاتب عبداً فولاء مكاتب المكاتب لها أيضاً إذا لم يكن المكاتب الأول ، وصورة ولاء مدبرهن بأن دبرت امرأة عبدها بأن قالت له أنت حر إن دبرتني أو بعد موتي أو إذا مت ونحوه، ثم ارتدت والعياذ بالله وألحقت بدار الحرب وقضاء القاضي بالحاقها فعتق مدبرها ثم جاءت المرأة إلى دار الإسلام ثم مات المدبر وترك مدبرته هذا فولاؤه لها وصورة ولاء مـــدبر مدبرهن بأن اشترى هذا المدبر بعد الحكم بعتقه عبداً ثم دبرها ثم مات وجاءت المرأة إلى دار الإسلام قبل موت مدبرها أو بعده ثم مات المدبر الثاني فولاؤه لمدبرة مدبره وصورة جر ولاء معتقهن بأن زوجت امرأة عبدها معتقة الغير فولدت منه ، ولهـذا يثبت نسب الولد منه ويكون جر ابنها لأمه لأن الولد تبع الأم في الرق والحرية وولاء الولد لمولى الأم يعقلون عنه ويرثون منه ، فلو أن المرأة أعتقت العبد حر باعتاقها إياه ولاءولده إلى نفسه ثم من نفسه إلى مولاه، حتى لو مات المعتق ثم مات ولده وترك معتقة أبيه فولاؤه انتقل من موالي أمه إليها وصورة جر ولاء معتق معتقهن بأن اعتقت امرأة عبـــداً ثم اشترى المعتق عبداً وزوج معتقه غيره من عبد فولد بينهما ولد فولاء هذا الولد لمولى أمه ، فلو أن المعتق اعتق عبده جر بالإعتاق ولاء معتقه إلى نفسه ثم يرجع منه إلى مولاه .

(وصورة الجر قدمناها) وفي بعض النسخ قد بيناها، وأشار به إلى قوله فان ولدت بعد عتقها أكثر من ستة أشهر إلى أن قال جر الأب ولاء ابنه ، والجد هل يجر الولاء ، فقـال الحاكم في كافيه قال الشعبي إذا أعتق الجد جر الولاء . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمـد رحمهم الله لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلماً باسلام الجد . وفي الجريـة قال شريـــح وسفيان ومالك وأهل المدينة إن الجـــد يجر ولاء ولد الإبن من موالي نفسه ، وبه قال الأوزاعي وابن أبي ليلى وابن المبارك. وقال زفر إن كان الأب حياً فالجد لا يجر الولاء ،

ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب الولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب ، لان سبب النسبة فيه الفراش ، وصاحب الفراش إنمـــا هو الزوج ، والمرأة مملوكة لا مالكة . وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب ،لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة بـــه ، حتى لو ترك

وإن كان ميتاً يجر الولاء . وفي الأسرار وشرح الأقطع ثم قال الشافعي يجر الولاء .

ولنا أن الجد يدلي إليه بواسطة فلم يجر الولاء كالأخ والعم ، ولا يكون مسلماً باسلام الجد ، إذ لو جاز اتباعه الجد في الإسلام جاز اتباعه جد الجد إلى ما لا نهاية له فيلزم أن يكون الكفار كلهم مسلمين تبعاً لآدم عليه السلام ، ولا وجه إلى ذلك للزم الجمع بين النقيضين.

(ولأن ثبوت المالكية) هذا دليل ثان عقلي على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتق فأعتق من أعتقن، تقريره أن ثبوت المالكية يعني كونه مالكاً (والقوة في المعتق) بفتح التاء (من جهتها) أي من جهة المعتقة وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه ، لأنـــه علته إذ ذاك ينتسب بالولاء إليها ، أي إلى المعتقة (فينسب الولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها) أي مولى المعتقة ،لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء ، وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة .

(بخلاف النسب) فانه لا يثبت إلا من الفراش (لأن سبب النسبـــة فيه الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج) لأنه المالك (والمرأة مملوكة لا مالكة) فلا ينسب إليه الفراش (وليس حكم ميراث المعتق) بفتح التاء (مقصوراً على بني المولى ، بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث) حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب، فلو كان بالإرث لكان الذكر والأنثى سواء ، ولكن الولاء باعتبار النصرة والنصرة بالذكور لا الاناث للضعف بينهن فيخلف المولى الذي أعتق العبد في الولاء من يتحقق النصرة به، فكان الولاء للذكور دون الإناث ، هو معنى قوله (ويخلف فيه) أي يخلف المولى الذي أعتق في الولاء (من يكون النصرة بـــه) والنصرة بالذكور دون الإناث (حتى لو ترك

المولى وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد «رح»، لانه أقربهما عصوبة، وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة «رح»، لانه أقرب في العصوبة عنده، وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا،

المولى أباً وإبناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد «رح») صورته امرأة اعتقت عبداً ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما، وبه قال الشافعي ومالك والثورى والشعي والزهري وابن المسيب وعطاء والحسن والحكم وقتادة وأكثر الفقهاء، وهو قول أبي يوسف أولاً ثم رجع وقال لأبيها السدس والباقي للابن، لأن الأب عصبة كالابن، والابن والأب في القرب سواء، فيكون حكمها سواء، وبه قال أحمد والنخعي والأوزاعي ومشايخ واسحاق.

(لأنه) أي لأن الإبن (أقربهما عصوبة) أي من حيث العصوبة والولاء بالعصوبة ولا يظهر عصوبة الأب مع الإبن (وكذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة) يعني لو ترك جد مولاه أبا ابنه وأخاه لأب وام وأخاه لأب وأم أو لأب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة (لأنه أقرب) أي لأن الجد أقرب من الأخ (في العصوبة عنده) أي عند أبي حنيفة «رح»، وبه قال أبو ثور وعند أبي يوسف ومحمد كلاهما سواء، وبه قال أحمد والشافعي في قول لأنهما عصبتان، فيكون الولاء بينهما نصفين كالأخوين، وعند مالك أن المال للأخ وهو قول من الشافعي، وهكذا روى عن زيد رضي الله عنه.

(وكذا الولاء لإبن المعتقة حتى يرثه) الضمير يرجع الى المعتق صورته امرأة اعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لإبنها (دون أخيها) وعليه اجماع الصحابة والتابعين والفقهاء، وما روي عن علي رضي الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها وابن أخيها أن ميراث مولاها لأخيها وابن أخيها دون ابنها فقد رجع علي رضي الله عنه إلى قول الجماعة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه أقربهما عصوبة.

إلا أن عقل جناية المعتقة على أخيها لانه من قوم أبيهـا ، وجنايته كجنايتها . ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتـق للابن دون بني الابن ، لان الولاء للكبر

(إلا أن عقل جناية المعتقة) بفتح التاء (على أخيها) أي على أخ المعتقة (لأنه من قوم أبيها) أي لأن الأخ من قوم أبيها ، والأصل في العقل قوم الأب وابنها لا يثبت إلى قوم أبيها ، بل ينسب إلى قوم زوجها (وجنايته كجنايتها) أي جناية المعتق كجناية المعتقة.

(ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر ، معناه بني ابن آخر فميراث المعتق) بفتح التاء (للابن دون بني الإبن ، لأن الولاء للكبر) بضم الكاف وسكون الباء الموحدة وكبر الشيء في اللغة معظمه ، قال الله تعـالى ﴿ والذي تولى كبره ﴾ ١١ النور ، قرأ يعقوب وحميد الأعرج بالضم ، قال ابن السكيت يستوي فيه الواحد والجمع والمؤنث. وفي العباب وقولهم هو كبر قومه بالضم ، أي هو أقعدهم في النسب . وفي الحديث الولاء للكبر وهو أن يموت الرجل ويترك ابنـاً وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الإبن ، وقوله الكبر أي للأقرب ، انتهى .

وقال الكاكي أي الأكبر أولاد المعتق ، والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سنـاً ، ألا ترى أن المعتق إذا مـات وترك ابنين كبيراً وصغيراً ثم مات المعتق والولاء بينهمانصفان لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب ، كذا ذكره شيـخ الإسلام . وقال الأسبيجابي في شرح الكافي وأرادوا بالكبرالقرب، لأن الأكبر من الأولاد يكون وجوده أقرب إلى وجود الأب من غيره ، فسكتوا [1] به عنه . وفي شرح الأقطع وقولهم الولاء لكبر خرج على المعتاد وهو أن الإبن يكون أكبر من ابن الإبن في أكثر الأحوال وإن كان في حالة قد يكون ابن الإبن أكبر من عمه . وقال في المغرب المراد أقرب الأولاد نسباً لا أكبرهم سناً . وقال في الفائق في حديث النبي ﷺ مات رجل من خزاعة أو من الأزدولم يدع وارثاً ، فقال ادفعوه إلى أكبر خزاعة ، أي ادفعوا ماله إلى أكبرهم وهو أقربهم إلى الجد الأول ، ولم يرد كبر السن .

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل .

هو المروي عن عدة من الصحابة « رض » منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وغيرهم أجمعين ، ومعناه القرب على مـــا قالوا والصلبي أقرب

وقال الحاكم في كافيه وتفسيره عندهم ، أي تفسير قوله ﷺ الولاء للكبر ، رجـل أعتق عبداً ثم مات وترك ابنين ثم مات أحد الإبنين وترك إبناً ثم مات المعتق فميراثـه لإبن المعتق لصلبه دون ابن إبنه ، وكذلك القول في كل عصبة على هـــذا القياس في أن الولاء للكبر منهم ذلك الوقت . وقال في شرح الطحاوي ولو مات وترك خمسة بني إبن وابن ابن المعتق من آخر فالميراثأ سداساً ، لأنهم يرثون بالعصبة وعصوبتهم بالسوية .

(هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهـــم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم) روى الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون انا أشعث عن الشعبي عن عمر وعلي وزيد أنهم قالوا الولاء لكبر ، قالوا يعنون بالكبر ما كان أقرب بأم وأب ورواه من طريق آخر وزاد فيه إبن مسعود ورواه القاسم بن حزم السرقسطي في كتاب غريب الحديث أخبرنا محمد بن علي حدثنا سعيد بن منصور حدثنا أبو عوانة عن ابراهيم عن علي وزيد وعبد الله « رض » أنهم كانوا يقولون الولاء للكبر ، قال ومعنـــاه لا نفسد الناس بالمعتق يوم يموت المعتق. وقال في موضع آخر قال يعقوب الولاء للكبر بضم الكاف وهو أكبر ولد الرجل .

(وغيرهم أجمعين) مثل عبد الله بن عمر وأسامة بن زيد وأبو مسعودالبدري وزيد بن ثابت ، وقد أخرج البيهقي عن علي وإبن مسعود وزيـد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبر من العصب ، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عنمنصور عن ابراهيم ابن عمر وعلي وزيد بن ثابت كانوا يجعلون الولاء للكبر ، وبه قال عطاء وطاووس وسالمبن عبد الله والحسن وإبن سيرين والشعبي وإسحاق وأبو ثور وداود وغيرهم (ومعنـــــاه) أي معنى قوله الولاء للكبر (القرب على مـــا قالوا والصلبي أقرب) أي الإبن الصلبي أقرب إلى الميت .

(فصل في ولاء الموالاة)

إنما أخره على ولاء العتاقة لأنه أقوى من ولاء الموالاة ، ولأنه غير قابل للنقل في جميع الأحوال ، بخلاف ولاء الموالاة ، فإن للمولى أن ينقل فيه قبل العقل ، ولأن ولاء العتاقة مجمع عليه وقد مر معناها اللغوي . أما معناها الشرعي فما ذكره في شرح الطحاوي وهو أن يقول أنت مولاي جنايتي عليك وجنايتك علي وميراثي لك إن مت ، فإذا مات كان ميراثه للأعلى إن لم يكن له وارث ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه .

ومن أسلم على يد رجل فبنفس الإسلام لا ينعقد له الولاء ، وله أن يوالي من شاء إن شاء والى مع الذي أسلم على يديه ، وإن شاء والى مع غيره وله أن يتحول بولايته إلى غيره ما لم يعقل عنه ، فبعد ذلك ليس له أن يوالي غيره ، فإذا كان أبوه في دار الحرب فينبغي[1] فأعتقه مولاه يثبت ولاؤه مع معتقه وجر ولاء الولد إلى نفسه واللقيط جر جنايته على بيت المال وميراثه لبيت المال ، فاذا أدركه كان له أن يوالي مع من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فميراثه لبيت المال ، وليس له أن يوالى أحد . أو قال شيخ الإسلام في شرح الكافي الولاء أن يقول له إني رجل غريب ليس لي عشيرة ولا ناصر يضم إليك عشيرتك حتى أعد من جملتك فتنصرني وتحمل على نوائبي ، وإن مت كان ميراثي لك فيقبل منه فينعقد بينهما عقد موالاة بهذا .

وذكر في الذخيرة ان يسلم الرجل على رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أني إن مت فميراثي لك ، وإن حييت فعقلي عليك وعلى عاقلتك ، وقبل الآخر ولا يثبت أحكامه بمجرد الاسلام بدون عقد الموالاة ، ذكره في الذخيرة وجامع التمرتاشي . وفي المبسوط الاسلام على يد ليس بشرط لصحة العقد ، وإنما ذكره على سبيل العادة. وفي العناية لا يثبت الولاء بمجرد الاسلام ما لم يعقد عقد الموالاة، وهذا هو مذهب

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما هنا كلام ناقص ، أو هو خطأ ناسخ ، اه مصححه.

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أنه يرثه ويعقل عنه إذا جنى أو اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه ، فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى . وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء ،

أصحابنا والشعبي ومالك والثوري وعند عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب والليث بن سعد يثبت الولاء بمجرد الاسلام على يد رجل ، كذا ذكره سراج الدين أبو طاهر السجاوندي في شرح فرائضه ، انتهى . وكذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم إلاماروي عن الروافض وأحمد في رواية . وروي أيضاً عن ابراهيم وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه عليه السلام قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه . قلنا هذا حديث ضعيف .

(قال) أي القدوري (وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أنه يرثه ويعقل عنه إذا جنى أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه) وله ثلاث شرائط ، أحدها : أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع .

والثانية : أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا موالاة مع أحد وقد عقل عنه .

والثالثة : أن لا يكون غريباً .

فان قيل من شرط العقل عقل الأعلى وحريته ، فان موالاة الصبي والعبد باطلة ، فكيف جعل الشرائط أثلاثاً . أجيب بأن المذكورة هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من الصور ، وأما ما ذكرت فانما هو نادر فلم تذكر .

(فان مات ولا وارث له غيره) أي فان مات الموالي والحال أنه لا وارث له غير الذي والاه (فميراثه للمولى) أي المولى الذي والاه .

(وقال الشافعي « رح » الموالاة ليس بشيء) أي عقد الموالاة ليس بشيء في حق الاستحقاق والارث والتذكير بهذا الاعتبار ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وهو قول

لان فيه إبطال حق بيت المال ، ولهذا لا تصح في حق وارث آخر ، ولهـــذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال ، وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال و إنما يصح في الثلث. ولنا قوله تعالى ﴿ والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم ﴾ النساء ٣٣ ، والآية في الموالاة ،

الشعبي (لأن فيه) أي في التوريث بعقد الموالاة (إبطال حق بيت المـــال) وذلك لأن الارث إما بالقرابة أو بالزوجية بالنص أو بالعتق بالحديث ، ولم يوجد واحد منها ، وعند عدم الوارث يكون لبيت المال ، وفي عقدهما الموالاة ابطال حق بيت المال ، وكان تصرفاً قصد به وضع الشرع فلا يصح (ولهذا لا يصح في حق وارث آخر) أي ولأجل ما ذكرنا لا يصح في حق وارث آخر ، أي ولأجل ما ذكرنا لا يصح عقد الموالاة في حق وارث آخر ، فكذا لا يصح في حق بيت المال ، لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم .

(ولهذا) توضيح آخر لما ذكرنا (لا يصح عنده الوصية بجميع المـــال وان لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال) أي لأجل حقه ، لأنه في تجويزه ابطال حقه (وانما يصح في الثلث) بالنص المشهور .

(ولنا قوله تعالى ﴿ والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ﴾ ٣٣ النساء) أي عاقدتم ، كقوله تعالى ﴿ يوم ينظر المرء ما قدمت يداه ﴾ ٤٠ النبأ ، أي نفسه ، الا أنـــه أضاف العقد الى ايماننا ، لأن أكثر الكسوب تجري على اليد ، وليس المراد به القسم ، بل المراد الصفقة باليمين بأن عادة المتعاقدين جرت بأن يأخذ كل واحد منهما بيمين الآخر اذا عاقد فسمى العقد صفقة لهذا .

قوله ﴿ فآتوهم نصيبهم ﴾ أي من الميراث ، لأن المراد من المعطوف عليه ، وهو قوله ﴿ الولدان والأقربون ﴾ بيان النصيب على جهة الاستحقاق إرثاً ، فكذا المراد مما يعطف عليه ، أو المعطوف في حكم المعطوف عليه ولم ينسخ هـــذا النصيب بآية المواريث ، لأن المولى لا يرث إلا بعد العصبة والرحم ، فلا يقع بينهما تعارض ولا تناسخ .

(والآية في الموالاة) أي عقد الموالاة كما ذكرنا (وسئل رسول الله ﷺ عن رجـــل

وسئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته

أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته) هذا الحديث أخرجه الأربعة في الفرائض، فأبو داود رواه عن يحيى بن حمزة عن عبد العزيز بن عمرو بن عبد العزيز قال سمعت عبد الله بن موهب يحدث عن عمر بن عبد العزيز عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري قال يا رسول الله ﷺ ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين. قال هو أولى الناس بمحياه ومماته . والترمذي عن أبي أسامة وابن مثنى ووكيع ثلاثتهم عن عبد العزيز عن عبد بن موهب عن تميم الداري فذكره . والنسائي عن ابن إسحاق عن عبد الله بن موهب عن تميم نحوه . وابن ماجة عن وكيع عن عبد العزيز بن عمرو عن عبد الله بن موهب عن تميم نحوه .

فان قلت قال علي البيهقي هذا الحديث حيث ذكره من طريق يعقوب بن سفيان حدثنا أبو نعيم حدثنا عبد العزيز بن عمرو عن عبد الله بن موهب سمعت تميماً ... إلى آخره . ثم قال قال يعقوب هذا خطأ ابن موهب لم يسمع من تميم ولا لحقه. ثم أخرجه من طريق يعقوب عن عبد الله بن يوسف عن يحيى بن حمزة عن عبد العزيز عن ابن موهب وعن قبيصة بن ذؤيب عن تميم ثم من طريق أبي داود المذكورة . ثم قال فعاد الحديث مع ذكر قبيصة فيه إلى الارسال ثم ذكر أن الشافعي قال ابن موهب ليس بالمعروف عندنا ولا نعلمه لقي تميماً ، ومثل هذا لا يثبت عندنا ولا عندك من قبل انه مجهول ولا أعلمه متصلا .

قلت أخرجه الحاكم من طريق ابن موهب [1] عن تميم ثم قال صحيح على شرط مسلم وعبد الله بن موهب بن زمعة مشهور ومشاهد عن تميم حديث قبيصة . وأخرج ابن أبي شيبة الحديث في مصنفه عن وكيع عن عبد العزيز وصرح فيه بسماع ابن موهب من تميم

(١) هكذا في الأصل يذكره مرة موهوب ومرة موهب والصحيح كما ورد في التهذيب ابن موهب من رواة الجماعة ، اهـ مصححه .

كرواية أبي نعيم . وأخرجه ابن ماجة في سننه عن ابن أبي شيبة كذلك ، فهذان ثقتان جليلان صرحا في روايتهما بسماع ابن موهب من تميم وأدخل يزيد بن خالد وهشام وأبي يوسف بينهما قبيصة ، فان كان الأمر كما ذكر أبو نعيم ووكيع حمل على أنه سمع منه بواسطة وبدونها ، وان ثبت أنه لم يسمع منه ولا لحقه فالواسطة هو قبيصة ثقة أدرك زمان تميم بلا شك فعنعنته محمولة على الاتصال ، فلا أدري ما معنى قول البيهقي فساد الحديث مع ذكره الى الارسال .

وقال صاحب الكمال ابن موهب ولاه عمر بن عبد العزيز قضاء فلسطين وروى عنه عبد العزيز بن عمر والزهري وابنه يزيد بن عبد الله وعبد الملك بن أبي جميلة وعمر بن مهاجر . وقال يعقوب بن سفيان حدثنا أبو نعيم حدثنا عبد العزيز بن عمرو وهو ثقة عن ابن موهب الهمداني وهو ثقة قال سمعت تميماً وكذا ذكر الصريفني في كتابه بخطه فدل ذلك على أنه ليس بمجهول لا عيناً ولا حالاً ، ثم الظاهر أن الشافعي يخاطب محمد بن الحسن لأنه المخالف في هذه المسألة هو وأصحابه وقد عرف من مذهبهم أن الجهالة وعدم الاتصال لا يضران الحديث ، فلو سلموا له ذلك لكان الحديث ثابتاً عندهم محتجاً به ، فكيف يقول الشافعي ومثل هذا لا يثبت عندنا ولا عندك .

فإن قلت قال الخطابي فقد ضعف أحمد بن حنبل هذا الحديث وقال إن رواية عبد العزيز ليس من الحفظ والإتقان . وقال ابن المنذر لم يروه غير عبد العزيز بن عمر وهو شيخ ليس من الحفظ وقد اضطربت روايته فيه . قلت عبد العزيز هذا من رجال الصحيحين. وقال ابن معين ثقة روى كثيراً . وقال أبو زرعة لا بأس به . وقال نعيم ثقة . وقال ابن عمار ثقة لا خلاف فيه ، وبما ذكرنا سقط اعتراض المعترضين كالبيهقي والخطابي وابن القطان أيضاً ، حيث قال في كتابه وعلله هذا الحديث الجهل بحال عبد الله بن موهب، فإنه لا يعرف حاله وقد بينا لك حاله فظهر لك سقوط اعتراضه . ألا ترى أن البخاري ذكر هذا الحديث في الصحيح تعليقاً حيث قال في كتاب الفرائض باب إذا أسلم على يديه ويذكر عن تميم الداري ، قال هو أولى الناس به محياه ومماته . وقد اختلفوا في صحة هذا الخبر

وهذا يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين ، ولان مالـــه حقه فيصرفه إلى حيث يشاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق . قال وإن كان له وارث فهو أولى منـــه ، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الارحام ، لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل

حيث لم يجزم بضعفه ، فعبارته تدل على أصل الحديث ، وأما صحته فقــد بيناها الآن .

قوله محياه ومماته مصدران ميميان بمعنى الحياة والموت ، والمعنى هو أحق به في حالة الحياة عقلاً وفي حالة الممات إرثاً .

(وهذا) أي هذا الحديث (يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين) أي إلى العقل عنه حالة الحياة والإرث بعد الممات (ولأن ماله حقه فيصرفــه إلى حيث يشاء) أي ولأن مال الموالي حقه يصرفه إلى أي جهة شاء ولا حجر عليه (والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق) هذا جواب عن قول الشافعي أن فيه إبطال حق بيت المال ،يعني الصرف إلى بيت المال لضرورة عدم المستحق (لأنه) أي بيت المال (مستحق) لمـال الناس لا يقال أن النبي عليه السلام قال الولاء لمن أعتق فيفهم من ذلك أن ولاء الموالاة باطل ، لأنــه لا معتق له ، لأنا نقول لا نسلم ذلك لأن تخصيص الشيء بذكر لا يدل على نفي ما عداه .

(قال) أي القدوري (وإن كان له) أي الذي والى غيره (وارث فهو أولى منه) أي من الذي والاه (وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الأرحــام ، لأن الموالاة عقدهما) أي عقد الموالين (فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث) فيقدم عليه .

فإن قيل ينبغي أن يصح في الثلث لأنه خالص حقه فيصرفه إلى من يشاء ، وصار في معنى الوصية . أجيب بأنه لو كان بطريق الوصية لقــدم على الأب والإبن ، ولا كذلك بالإجماع .

(ولا بد من شرط الارث والعقــل) وذلك بأن يقول واليتك على اني إن حييت عقلت عني ، وإن حييت عقلت عنك ، وإن مت ورثتني وإن مت ورثتك (كما ذكر في

كما ذكر في الكتاب لانـــه بالالتزام وهو بالشرط ، ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة .

قال وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية

الكتاب) أي القدوري (لأنه) أي لأن محل واحد من الارث والعقل (بالالتزام) أي يكون بالالزام ، فلا يصح بدونه (وهـو) أي الالتزام (بالشرط) أي يكون بالشرط (ومن شرطه) أي ومن شرط عقد الموالاة ، أي ومن شرط صحته (أن لا يكون المولى من العرب) أراد بـه المولى الأسفل (لأن تناصرهم) أي تناصر العرب (بالقبائل) أي بالاقارب والعشائر ، لانهم يتناصرون بنسبتهم إلى القبائل (فاغنى عن الموالاة) لكون التناصر بالقبائل آكد من نصرة الموالاة ، لانه لا يلحقه الفسخ .

فان قلت التناصر حكمه وهو لا يراعى في كل فرد ، وإنمـا يراعى في الجنس كما في الاستبراء ، فان الحكمة فيه فراغ الرحم، وإنما تعتبر في الجملة لا في كل فرد ، حتى وجب الاستبراء فيمن اشترى من امرأة أو المشتري أمة صغيرة . قلت التناصر علة لا حكمة .

فان قلت إن العلة شيء موجود ، والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد . قلت إنـه علة . قلت أقمنا السبب الظاهر مقام ذلك ، ومن جملة الشروط العقل ، حتى لو أسلم على يـد صبي والاه لا يصح ، لان الصبي ليس من أهل النصرة وليس من أهل الالتزام أيضاً.وكذا لو والى رجل عبداً لم يجز إلا أن يكون باذن المولى ، لانه عقد التزام بالنصرة ، والعبد لا يملكه بنفسه إلا باذن سيده . ولو والى صبياً باذن أبيه أو وصيه يصح ، لان عبارته إذا كان يعقل معتبرة في العقود باذن وليه يصح عقد ولائه كالبيع ، كـذا في المبسوط . وفي المكاتب روايتان في رواية يصح ويكون ولاؤه لمولاه ، وفي رواية لا يصح لانـه عبد ، كذا في المحيط .

(قال) أي القدوري (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه) أي وللمولى الاسفل الانتقال من الذي والاه إلى غيره ما لم يعقل الذي والاه عنه ، أي عـن المولى الاسفل (لانه) أي لان عقد الموالاة (عقد غير لازم بمنزلة الوصيـة) فحينئذ له

وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم ، إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول ،

الرجوع كما في الوصية (وكذا للأعلى) أي وكذا للمولى الاعلى (أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم) لما ذكرنا أنه عقد لازم . وقال الحاكم في كافيه رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه ، وله أن ينقضه بحضرته ، وكذلك للرجل أن يتبرأ من ولائه ما لم يعقل عنه ، فاذا نقض أحدهما الولاء بغير محضر من صاحبه لم ينتقض الا أن يوالي الاسفل آخر ، فيكون ذلك نقضاً وان لم يحضر صاحبه . وفي التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول الى غيره وصار العقد لازماً الا اذا اتفقا على النقض .

(إلا أنه يشترط في هذا) أي في فسخ عقد المولاة . وقال تاج الشريعة أي في انتقال الولاء الى غيره وتبرؤ الأعلى عن الولاء الأسفل (أن يكون بمحضر من الآخر) المراد بالمحضر العلم حتى اذا وجد العلم بلا حضور كان كافياً (كما في عزل الوكيل قصداً) حيث لم يصح الا بالعلم لأنه يؤدي الى الغرور ، فانه ينصرف على حساب أنه وكيل فيصير ضامناً ، كذا ها هنا متى فسخ الأسفل عقد الموالاة بغير محضر من الأعلى ليصير الأعلى مغروراً ، لأنه ربما يموت الأسفل فيظن أنه وارثه فيصرف فيضمن ، وكذلك الاعلى اذا فسخ بغير حضرة الاسفل ، لأن الأسفل اذا لم يعلم به يعتق عبيده على حساب أن عقل عبيده على مولاه لم يجب عليه فيشترط علمهما .

فان قلت لم قيد بقوله قصداً . قلت لأن عزل الوكيل بدون علمه يجوز ضمناً ، فكذا عقد الولاء ينفسخ بدون العلم ضمناً لا قصداً ، لا يقال في عزل الوكيل قصداً يتضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل ، وها هنا لا يتضرر أحد ، لأنا نقول سبب الاشترط ها هنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر ، فان العقد بينهما وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، وإلزام شيء على الآخر من غير علم به ضرر لا محالة ، لأن فيه جعل عقد الرجل البالغ كلا عقد ، وفي إبطال فعله بدون علمه .

(بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول) أي من المولى الأعلى

لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة . قال وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى بـــه القاضي ، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة ، وكذا لا يتحول ولده

حيث يجوز هذا (لأنه) أي لأن عقد الأسفل مـع غيره (فسخ حكمي) لأن انتقاض العقد في حق الأول ضرورة صحة العقد مع الثاني ، فصار (بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) حيث يجوز كما ذكرنا .

فإن قيل لمـــاذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبه فسخ العقـــد الأول . أجيب بأن الولاء كالنسب ، والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول .

(قال) أي القدوري (وإذا عقل عنه) أي المولى الأعلى إذا عقل عن المولى الأسفل (لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه) أي لأن الشأن (تعلق به حـق الغير) أي تعلق بولاية حق الغير وهو المولى الذي والاه أولاً (ولأنه قضى بـــه القاضي) أي ولأن الشأن قضى بموجب الجناية على القاضي الولي الذي عقل عنه ، فتأكد بـه الولاء ، ولأن القضاء بموجب الشيء قضاء بتقريره ذلك الشيء وإن كان كذلك صار بمنزلة المجمع عليـه بعد أن كان مجتهداً فيه ، فنفد عند الكل فلا ينفسخ .

(ولأنه بمنزلة عوض ناله) أي ولأن عقل المولى عنه صار بمنزلة عوض مال المولى الاسفل (كالعوض في الهبة) فان الموهوب له إذا عوض للواهب عن هبة لم يبق له الرجوع فكذلك هذا (وكذا لا يتحول ولده) أي إذا كان للمولى الاسفل ولد لم يكن لولده أن يتحـول إلى غير المولى الاعلى لتعلق حق ثبت له في ولاء ابنه وهو يحمل العقد عن أبيـــه . وفي المبسوط لا يتحول الولد بعد الكبر إلى غيره ، لان ولاء الاب تأكد بعقل الجناية فأكـد التبع بتأكده الاصل ، فكما ليس للاب أن يتحول بعدما عقل ، فكـــذا ليس لولده ذلك إذا كبر .

وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهما في حق الولاء كشخص واحد . قال وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً لأنه لازم ومع بقائه لا يظهر الأدنى .

(وكذا إذا عقل عن ولده) أي كما لا يجوز أن يتحول إذا عقل عن المولى الاعلى عنه ، فكذا لا يجوز له التحول إذا عقل ولده (لم يكن لكل واحد منهما) أي من الوالد والولد (أن يتحول) أي التحول إلى غيره (لانهما في حق الولاء) أي لان المولى الاعلى والمولى الاسفل وولده (كشخص واحد) حكماً ، فكما لا يجوز للوالد التحول فكذا لولده .

(قال) أي القدوري (وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً ، لانه لازم) أي لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض ، لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب ، وإذا لم يبطل فلا يفيد عقد الموالاة ، لان الموالاة أدنى (ومع بقائه) أي مع بقاء ولاء العتاقة (لا يظهر الادنى) أي عقد الموالاة ، ألا ترى أن ولاء العتاقة والموالاة إذا كانا شخصين تقدم ولاء العتاقة في الإرث ، فدل على أنه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة .

فوائد : ولو والت امرأة رجلا فولدت ولداً لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولائها تبعاً، وكذا إن أقرت أنها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولائها تبعاً عند أبي حنيفة في الصورتين خلافاً لهما فيهما . وفي المحيط والى ذمي مسلم أو ذمياً جاز وهو موالاة ولو أسلم على يد مولى ووالاه هل يصح لم يذكره في الكتاب . واختلفوا قيل يصح وقيل لا يصح .

والى رجلا ثم ولد له من امرأة والت آخر فولاء الولد لمولى الاب وكذا إن والت وهي حبلى ، بخلاف ما إذا أعتقت وهي حبلى فولاء الولد لقوم أمه،والله أعلم بالصواب.

★ ★ ★

كتاب الاكراه

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما يوعد به سلطاناً كان أو لصاً ، لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

(كتاب الاكراه)

إنما ذكره عقيب كتاب الولاء لاشتمال كل منهما على التغيير ، فان الموالاة تغيير حال المولى الاعلى عن حرمة أكل مال المولى الاسفل بعد موته إلى حله ، والإكراه يغير حال المكره من الحرمة الى الحل وهو مصدر أكرهه إذا حمله على أمر يكرهه ولا يريد. والكره بالفتح والضم إسم ، وفي الشرع هو ما ذكره المصنف بقوله لان الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغير فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . وفي الإيضاح هو فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً الى الفعل الذي طلب منه . وفي الوافي هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده ويكره على أمر بحيث ينتفي به الرضاء .

(الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما يوعد به) أي خوفه (سلطاناً كان أو لصاً) لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به لا يخاف الا اذا كان المكره قادراً على ذلك ، ولا فرق بين السلطان وغيره عند تحقيق القدر (لان الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه)أي فيما يصير آلة كالبيع (أو يفسد به اختياره) أي فيما لا يصير آلة له كالاتلاف ، وذلك بأن يكون الاكراه كاملا بأن يكون بالقتل أو القطع ، أو في الرضاء ويفسد الاختيار لتحقق الإلجاء اذ الانسان يحتوي على حب الحياة فيفسد به الاختيار ويظهر المفاوتة في الاحكام ، فان الاكراه بالحبس

مع بقاء أهليته ، وهـــذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به ، وذلك إنما يكون من القـادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ، والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان ، لمـــا أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا

والقيد على اجراء كلمة الكفر لا يثبت الرخصة والاكراه بالقتـــل أو القطع يلتنتها [1]

(مع بقاء أهليته) هذه اشارة الى أن الإكراه لا يسقط عن المكره الخطاب بالأهلية وهي باقية . واذا كانت الأهلية ما يثبت كان المكره مخاطباً . قال تاج الشريعة مع بقاء أهليته ، أي للثواب والعقاب ، لأن فساد الإختيار لا يمنع الأهلية .

(وهذا) اشارة الى ما ذكره من قوله لأن الاكراه الى آخره (انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به) بضم الياء على صيغة المجهول . وفي بعض النسخ ما توعد بـه (وذلك) أي ما ذكرنا من الشرائط (انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة) سيان بكسر السين أي مثلان وهو تثنية سي والجمع سواء (والذي قاله أبو حنيفه الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان، لما أن المنعة له) بتحريك النون ، يقال فلان في عز ومنعة ، يعني يمنع أهله وعشيرتـه ، يعني يحوطهم وينصرهم . وعـن ابن السكيت وقد تسكت النون. وكذا قيل الملك لا يكون ملكاً إلا بالمنعة ، وهي شرط للملك كالوضوء للصلاة . ويجـــوز أن تكون المنعة جمع مانع ، يعني له منعة يمنعون من يخالفه أو من يريده بالسواء .

(والقدرة لا تتحقق بدون المنعة) لما أن المنعة شرط للقدرة ، والمشروط لا يتحقق بدون الشرط ، وهذا كما رأيت حقق الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وكذا حققـه خواهر زاده في مبسوطه وذكر الطحاوي في مختصره قول أبي يوسف مع أبي حنيفـــة . وقال الاسبيجابي في شرحه وقول أبي يوسف مع محمد في ظاهر الرواية (فقد قالوا) أي المشايخ

---

(١) هكذا سياق الكلام في الاصل .

هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ، ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنـــه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعى إليه من الفعل . قال وإذا أكره الرجل على بيـع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ، لأن من شرط

(هذا) أي الذي ذهب إليه أبو حنيفة . وفي بعض النسخ هو (اختلاف عصر وزمـان لا اختلاف حجة وبرهان) لأن مناط الحكم القدرة (ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله) لقوله عليه السلام لا يأتي زمان إلا والذي بعده شر منه، فإذا كان الزمان شراً يكون أهله أشرار .

(ثم كما يشترط قدرة المكره) بسكر الراء (لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره) بفتح الراء (وقوع ما يهدد به) أي بالذي يهدد (وذلك) إشارة إلى قوله خوف المكره وقوع ما يهدد به (بأن يغلب على ظنه أنه) أي المكره بكسر الراء (يفعله) أي يفعل ما يهدد به (ليصير به) أى ليصير المكره بالفتح بما يغلب على ظنه (محمولاً) أى مضطرا (على ما دعى إليه من الفعل) الذي هدده به .

(قال) أى القدورى (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره وأكره على ذلك) أى على مـــا ذكر من البيع والشراء والإقرار والإجارة (بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس) أراد به الحبس المديد ، فإن حكم الجنس بيوم سيجيء (فباع أو اشترى) أو أقر أو أجر ثم زال الإكراه (فهــو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ، لأن من شرط صحة

صحة هذه العقود التراضي ، قال الله ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء ، والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فتفسد ،

هـــذه العقود) أي البيع والشراء والإقرار والإجـــارة (التراضي ، قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء) .

فإن قلت الآية وإن أثبت الحرمة بدون الرضاء ولكن مطلق قوله ﴿ وأحل الله البيع ﴾ يوجب الجواز بدون التراضي . قلت البيع لغـــة مبادلة المال بالتراضي ، والأصل ورد الشرع على وفاق الحقيقة ، ولأنه مخصوص محض بدون الرضى .

فإن قلت هذا بمنزلة الشرط وانه يقتضي الوجود عند الوجود اما لا يقتضي العدم عند العدم، كما في قوله تعالى ﴿ من فتياتكم المؤمنات ﴾ ٢٥ النساء.قلت أول الآية ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ واستثنى منه التجارة بالتراضي ، فيبقى غيره في صدر الكلام يوضحه أن المستثنى لما كان بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهـــو المكره ، وهذا كقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء أي كيلاً بكيل ، فلما استثنى البيع الجائز مع الكيل علم أن المستثنى منه بيع المكيل أيضاً ، فصار كأنه قال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالتجارة وباطلة كرهاً، حتى يكون عن تراض فيكون الرضاء شرطاً ولكن لا ينعدم به أصل البيـع .

فان قلت ينبغي أن يكون البيع باطلا بقوله ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ٢٥ النساء ، قلت المراد من قوله بالباطل أي بما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة والخيانة والغصب والقمار وعقود الربا . وقوله عن تراض صفة التجارة ، أي تجارة صادرة عـــن تراض ، وخص التجارة بالذكر لأن أسباب الرزق أكثرهـــا يتعلق بها ، والتراضي رضى المتبايعين بما تعاقدوا عليه في حال البيع وقت الإيجاب والقبول ، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله . وعند الشافعي تفرقهما عن مجلس العقد متراضيين .

(والإكراه بهذه الأشياء) يعني بالبيع وأخواته (يعدم الرضاء فتفسد) أي هـــذه العقود المذكورة . لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط ، هذا يتصل بقوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء .

بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم، لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضاء وكذا الإقرار حجة

(بخلاف ما إذا أكره) على البيع أو الشراء أو الإقرار أو الإجارة (بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم) حيث لا يكون إكراهاً (لأنه لا يبالى به) بفتح اللام، أى لا يلتفت إلى مثل هذه الأشياء، (بالنظر إلى العادة) فان الرجل قد يقيم في المنزل يوماً أو يومين بالاختيار من غير أن يثقل عليه، وكذا ضرب سوط، لأن هذا القدر يعيب به ويؤدب به الصغير، والإنسان يحمل القيد في رجله ثم يمشي مشبهاً بالقيد والحبس الذي هو إكراه ما يجيء منه الإعتام البين والضرب الذي هو الإكراه ما يوجد منه الألم الشديد، وذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع إليه ذلك، لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس (فلا يتحقق به الإكراه) أى إذا كان الأمر كذلك فلا يتحقق به الإكراه.

(إلا إذا كان الرجل) الذي أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم (صاحب منصب) بفتح الميم وكسر الصاد، وهو في اللغة الأصل، وأراد به ها هنا أن يكون ذا جاه (يعلم أنه يستضر به) أى بضرب سوط واحد ونحوه، كما يتضرر واحد من أوساط الناس بالضرب الشديد، فحينئذ يكون ذلك إكراهاً وذلك كالقاضي وعظيم البلد، فان مطلق القيد والحبس إكراه في حقه، حتى لو توعد به وهو رجل وجيه كان ذلك إكراهاً، وبه قال بعض الشافعيين ومالك وأحمد « رح » في رواية. وقال في رواية الوعيد ليس باكراه. وعن شريح القيد والوعيد إكراه والضرب والشتم باختلاف أحوال الناس، حتى قال بعض المشايخ لو عذب إذن واحد من أشراف الناس في مجلس السلطان يكون مكرهاً (لفوات الرضاء) فاذا فات الرضاء ثبت الإكراه لوجود العلة.

(وكذا الإقرار حجة) هذا عطف على قوله والاكراه بهذه الأشياء بعدم الرضاء فيفسد، أى والاقرار أيضاً يفسد بالاكراه بهذه الأشياء، وذلك لأن الاقرار إنما صار

لترجيح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً يثبت بـه الملك عندنا ، وعند زفر « رح » لا يثبت لانه بيـع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جـــاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيـــع صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد انفقد شرطه وهو التراضي ، فصار كسائر الشروط المفسدة

حجة في غير الاكراه (لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب) أراد أن الاقرار في نفسه دائر بين الصدق والكذب ، لأنه اختيار ، ولكن يترجح الصدق حال الطواعيـة بدلالة الحال ، إذ الظاهر أن الانسان لا يكذب على نفسه (وعند الاكراه يحتمل أنـــه يكذب لدفع المضرة) والشراء لاظهار ما كان عليه فلا يكون حجـــة ، بخلاف ما إذا أكره على الاقرار بأن يضرب سوطاً ويحبس يوماً فأقر فهو إقرار كما في المبيع إذا كان المكره صاحب منصب كما ذكرنا .

(ثم إذا باع مكرهاً وسلم) أي المبيع حال كونه (مكرهاً يثبت به الملك عندنا) أي يثبت بالاكراه الملك الفاسد عند أصحابنا الثلاثة (وعند زفر لا يثبت) أي الملك (لأنه بيع موقوف على الاجازة ، ألا ترى أنه) أي المكره بفتح الراء (لو أجاز) أي البيع (جـــاز الموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك) عند الثلاثة لا يجوز . ولو أجاز كالبيع بشرط الخيار ، وكذا عند الثلاثه إلا أن عندهم لا يكون موقوفاً بل باطل .

(ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله) لأن الايجــاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال (والفساد) أي فساد البيع (لفقد شرطـه وهو التراضي) قال الله تعالى ﴿ الا ان تكون تجارة عن تراض ﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فصار) أي الاكراه (كسائر الشروط المفسدة) انما ألحقه بالشروط المفسدة لأن خلو البيع عنها شرط صحة البيع فكـذا خلو البيع عن الاكراه .

فيثبت الملك عند القبض، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة، وبإجازة المالك يرتفع المفسد

فاعلم ان بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث انه يتوقف على اجـازة المالك فلشبهه به يعود جائزاً إذا أجاز في أي وقت شاء ويشبه البيع البيع الفاسد من حيث صدوره من المالك وانعدم شرط الجواز وهو الرضاء ، فيفيد الملك بعد القبض ، وإنما عملنا هكذا إذ لو أظهرنا شبه الوقوف في عدم الملك لا يبقى لشبهة الآخر عمل فيعمل العمل بالشبهين لا يقال لو كان بمنزلة البيع الفاسد لما عاد إلى الجواز بالإجازة كما في البيوع الفاسدة، لأن النفاد لسقوط الفساد وانه لم يتحكم .

فإن قلت ينبغي أن لا يثبت الملك بعد القبض كما في البيع بشرط الخيار مـع وجود الرضاء بالعقد . قلت إنما لا يثبت الملك ثمة لاختلاف الشرط عن الفائدة ، وهنا ما وجـد الشرط فيثبت الملك .

فإن قلت بيع الهازل لا يفيد الملك وانه كالبيع الذي نحن فيه من حيث صدورها من المالك مع عدم الرضاء ، فينبغي أن لا يثبت الملك ، قلت الهازل لا يكون مختاراً لثبوت الملك للمشتري ، أما هنا المكره قد أكره على بيع يثبت الملك ، فإقدامه على ذلك يـدل على اختياره ثبوت الملك للمشتري إذ لم يكن مختاراً لذلك لما أتى بما أكره هو عليه .

(فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه) أي المشتري من المكره بالفتـح (وأعتقـه او تصرف فيه) أي في المبيع (تصرفاً لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جـاز ويلزمه القيمة) أي جاز تصرف المشتري وتلزمه قيمة المبيع ، وكـذا الحكم في الهبـة تلزمه القيمة . وفي الذخيرة المالك بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم سلمه إلى المشتري أو الموهوب له، وإن شاء ضمن المشتري والموهوب له (كما في سائر البياعـات الفاسدة) حيث يلزم فيها القيمة بعد القبض والتصرف اللازم (وبإجازة المالك يرتفع المفسد) هذا جواب عما يقال لو كان كسائر البياعات الفاسدة لـمـا عاد جائزاً بالإجازة لهن . وتقرير

وهو الإكراه وعدم الرضاء فيجوز إلا أنه لا ينقطع بـــه حق استرداد البائـع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائـع بذلـك ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته ، أما ها هنا الرد لحق العبد وهمـــا سواء ، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني .

قال رضي الله عنه ومن جعل البيـــع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيـع المكره

الجواب أن باجازة المالك يرتفع المفسد (وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز) بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لأن المفسد فيها باق (إلا انه) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسده ذكره للفرق بين الاكراه والبيع الفاسد . ضمير في انه للشأن (لا ينقطع بـــه) أي بسبب الاكراه (حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي) ما لم يتصرف المشتري فيه تصرفاً لازماً لا يمكن نقضه (ولم يرض البائع بذلك) أي والحال أن البائع لم يرض بذلك.

(بخلاف سائر البياعات الفاسدة) حيث ينقطع فيها حق الاسترداد إذا تداولتـــه الأيدى (لأن الفساد فيها لحق الشرع) لأنه أقدم على ما نهاه عنه (وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد ، وحقه مقدم لحاجته) وغنى صاحب الشرع (أمـــا ها هنا) أي في مسألة الاكراه (الرد لحق العبد) وهو المكره ، وانه باق بعد البيع الثاني والثالث (وهمـــا سواء) أي البائع المكره والمشتري منه الذي باعه لآخر شيئان في الحق (فلا يبطل حق الأول) وهو البائع المكره (لحق الثاني) أي لأجل حق الثاني وهـــو المشتري منه الذي باعه لآخر ، وكذا الحكم في الثالث والرابع وهـــلم جرا . وفي الذخيرة البيع حصل بتسليط البائع الأول . وفي البياعات الفاسدة ، وها هنا مـــا حصل بتسليط المكره وهذا فرق جيد .

(قال رضي الله عنه) أي صاحب الهداية (ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره) وأراد به بيع الوفاء ، وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت هذا

حتى ينقض بيع المشتري من غـــيره ، لأن الفساد لفوات الرضاء .
ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً
بالهازل . ومشايخ سمرقند « رح » جعلوه بيعاً جائزاً

منك بمالك علي من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي . وقال تاج الشريعة صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بكذا على أني لو دفعت إليك الثمن تدفع العين إلي . أو تقول بعت منك هذا بمالك من الدين على أني متى قضيت الدين فهـو لي ، فقوله ومن موصلة تتضمن معنى الشرط ، وقوله جعل البيـع ... إلى آخره صلتها . وقوله بيعاً فاسداً مفعول ثان القول جعل البيـع . وقوله يجعل في محل الرفع على انه خبر لقوله من وهم مشايخ بخارى ،فانهم جعلوا هذا البيع كبيع المكره (حتى ينقض بيـع المشتري منغيره، لأن الفساد لفوات الرضاء) كما في بيـع المكره عليه .

(ومنهم) أي ومن المشايخ كالقاضي الامام السند أبو شجاع السمرقندي والقاضيعلي السعدي والقاضي الامام أبو الحسن الماتريدي وشيخ الاسلام عطاء وحمزة وغيره(منجعله) أي البيـع المذكور (رهناً لقصد المتعاقدين) لأنهما قصدا أن يكون البيـع محبوساً بالثمن المؤدى إلى حين رد الثمن إلى المشتري ، فكان رهناً معنى ، لأنهما وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفـاع إلا باذن مالكه وهو ضامن كما أكل من ثمرة واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاك في يده إذا كان وفاء بالدين ، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه وللبائـع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن .

(ومنهم) أي من المشايخ (من جعله باطلا اعتباراً بالهازل) لأنهما تكلما بلفـــظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضى صاحبه . ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه والهازل أيضاً راض بمباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبداً فالعقد فاسد غير موجب للملك .

(ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً) قال الامام نجم الدين النسفي اتفق مشايخنا في

مفيداً لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه . قال فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لانه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف ، وكذا إذا سلم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع ، لأنه دليل الإجازة .

هذا الزمان على صحته بيعاً كان عليه بعض السلف لأنهما تلفظا بلفظ البيع ، والعبرة للملفوظ دون المقصود ، كمن تزوج امرأة بقصد أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد ، يعني لم يكن متعة ، كذا في الفصول للاستروشي . وذكر في فتاوى قاضي خان والامام ظهير الدين والصحيح أن العقد الذى جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ، ثم ينظر إن كانا ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع ، وإن لم يذكرا وتلفظا بالبيع جاز . وعندهما هذا البيع عبارة عن ـ ع غير لازم ، فكذلك أى فاسد . وإن ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد ، لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس (مفيداً لبعض الأحكام) هو الانتفاع به دون البعض ، وهو المبيع والهبة من آخره . واختار المصنف هذا القول ، وأشار إليه بقوله البيع الجائز معتاد (على ما هو المعتاد عندهم للحاجة إليه) أى لحاجة الناس إليهم ، لأنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه فلا يجيزونه إلى أن يرد البائع الثمن الى المشترى ، وبقي المشترى يرد البيع الى البائع أيضاً ولا يمتنع عن الرد ، فلهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفى بما عاهد من رد المبيع .

(قال) أى القدورى (فان كان قبض) أى البائع المكره (الثمن طوعاً) أى حال كونه طائعاً (فقدأجاز البيع ، لأنه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف) اذا قبض المالك الثمن كان اجازة ودلالة تقوم مقام الاجازة (وكذا اذا سلم طائعاً) أى وكذا تكون اجازة اذا سلم المشترى المكره المبيع حال كونه طائعاً (بأن كان الاكراه على البيع) أى على نفس العقد (لا على الدفع) أى دفع المبيع الى البائع يعني اذا أكره على البيع دون دفع المبيع فدفع طائعاً جاز البيع (لأنه دليل الاجازة) .

بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلاً لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع، وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع . قال وإن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه رده إن كان قائماً في يده لفساد العقد .

(بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب فدفع) أي العين الموهوبة إلى الموهوب له (حيث يكون باطلا) أي حيث يكون العقد فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أن أصلنا إفساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض ، فانتصرف فيه بعد تصرفه وعليه ضمان قيمتها (لأن مقصود المكره) بكسر الراء ، وفي بعض النسخ مقصود الإكراه ، والأول أصح ، وهذا إشارة إلى الفرق بين مسألتي الإكراه على البيع والاكراه على الهبة ، تقريره أن مقصود المكره (الاستحقاق) أي ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره (لا مجرد اللفظ) يعني لا صورة للعقد(وذلك) إشارة إلى الاستحقاق (في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد) تقريره أن ما يتعلق به الاستحقاق إنما يكون في الهبة بالدفع إلى الموهوب له معنى لا يكون من غير قبض (على ما هو الأصل) يعني الأصل في البيع أن يثبت الاستحقاق من غير قبض(فدخل الدفع) أي إذا كان الأمر كذلك فوقع الدفع (في الاكراه على الهبة) يعني كان الاكراه على الهبة إكراهاً على الدفع نظراً إلى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وإزالة الملك ليتضرر به (دون البيع) حيث لا يكون الاكراه على المبيع اكراهاً على الدفع أي الاقباض ، فيكون الدفع على اختيار منه فيدل على الاجازة .

(قال وان قبضه مكرهاً) أي بأن قبض المشتري الثمن حال كونه مكرهاً (فليس ذلك بإجازة وعليه) أي على المكره (رده) أي رد الثمن(ان كان قائماً في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه كذلك ، لأنه كان مكرهاً على قبضه. وان كان هالكاً فلا شيء عليه لأنه هلك أمانة .

قال وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع ، معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد ، وللمكره أن يضمن المكره إن شاء لانه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود ،

(قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع لأنه قبضه للتملك(معناه) أي معنى قول القدوري وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره، أى والحال أنه غير مكره (والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد) لعدم الرضى ، وما كذلك فهو مضمون بالقيمة (وللمكره) بفتح الراء (أن يضمن المكره) بكسر الراء (ان شاء ، لأنه) أى المكره (آلة له)أى للمكره (فيما يرجع الى الاتلاف) وان لم يصلح آلة له من حيث أنه كلام ، لأن التكلم بلسان الغير لا يصح (فكأنه) قال أي فكأن المكره (دفع مال البائع الى المشترى) أى أراد بـه البائع المكره بفتح الراء (فيضمن) أى المكره بالفتح (أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب) حيث يتخير المال في تضمين أيهما شاء .

(فلو ضمن المكره)أي فلو ضمن المكره بالفتح المكره بالكسر (ورجع على المشترى بالقيمة) أى رجع المكره بالكسر على المشترى بقيمة المقبوض(لقامه مقام البائع)أي القيام المكره مقام البائع بأداء الضمان،لأن المضمون يصير ملكاً للضامن من وقت سبب الضمان.

(وان ضمن المشترى) يعني وان ضمن المكره بالفتح ، أى مشتر كان بعدم الأول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أى تناولته . وقال الأترازى يعني في صورة الغصب اذا تداولت الأيدى وتناسخت العقود بأن باع هذا من ذلك وذلك من

لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان قبله ، لان الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده ، لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

آخر ثم ضمن المالك المشترى الثاني مثلا نفذ كل شراء بعد شراء الثاني لأنه ملك بالزمان فتعين أنه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان بالشراء قبل الشراء الثاني ، لأن اسناد الملك الى وقت الضمان لا غير ، بخلاف البائع المكره اذا جاز بعض العقود ينفذ الكل ، لأن العقود موقوفة على الاجازة ، فلما وجدت جاز الكل .

قال تاج الشريعة اذا تداولته الأيدى وضمن البائع المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه ، لأن المشترى حينئذ باع ملك نفسه و كذلك لو ضمنه مشترياً آخر من هؤلاء المشترين ينفذ كل شراء كان بعد شرائه دون ما كان قبل شرائه . وفي الكافي فأن ضمن أحد المشترين وقد تناسخته العقود، أي تداولته نفذ كل شرائه بعد شرائه ولا ينفذ ما كان قبله ، أي قبل شراء المشتري أو قبل الضمان .

(لأنه) أى لان المشترى (ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه) أى ملك نفسه (ولا ينفذ ما كان قبله) أى قبل شراء المشترى أو قبل الضمان(لأن الاستناد الى وقت قبضه) أى استناد ثبوت الملك الى وقت قبضه فقط.

(بخلاف ما اذاأجاز المالك المكره عقداً منها) أى من العقود التي تناسختها الايدى (حيث يجوز ما قبله وما بعده) لانه (أسقط حقه) جواب عما يقال ما الفرق بين القيمتين مشترياً واجازة عقداً منها حيث اقتصر النفاذ ها هنا على ما كان بعده وعم الجمع هنالك ، وتقديره أن المالك أسقط حقه ، يعني في صورة الاجازة (وهو) أى حقه هو (المانع ، فعاد الكل الى الجواز والله أعلم) نظيره اشترى داراً ولما شفيع فباع المشترى حتى تناسخته العقود وأجاز الشفيع واحداً منها فانه يجوز الكل ، وكذا الراهن باع حتى تناسخت العقود ثم أجاز المرتهن واحداً من العقود فانه يجوز الكل ، بخلاف الفضولي

فصل

وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد لم يحل له

اذا باع وتناسخت البيوع وأجاز المالك ، ولهذا يجوز ما أجازه بعينه ، لانه باع كل واحد منهم ملك غيره ، وهنا باع كل واحد ملكه .

فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه ، فانه اذا أجاز بيعاً من البيوع نفذ ما اجازه خاصة . أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه بكل بيع من هذه البيوع توقف على إجابته لمصادفته ملكه فيكون اجازته أحد البيوع تمليكاً للعين من المشترى بحكم ذلك البيع ، فلا ينفذ ما سواه . وأما المشترى من المكره نفذ ملكه بالبيع من كل شراء صادف ملكه ، وانما توقف نفوذه على سقوط حكم المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر ، فلهذا أنفذ البيوع كلها باجازتة عقداً منها .

(فصل)

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله ، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجة .

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد) أراد بالضرب الضرب الخفيف الذي لا يخاف منه تلف نفس أو تلف عضو (لم يحل له) أي الاقدام على ذلك . وفي المبسوط كل ضرب لا يخاف منه تلف نفس أو عضو في أكبر الرأي لا يحل ، لأن غالب الرأي يقام مقام الحقيقة . وقد قال بعض العلماء في ذكر أدنى الحد أربعين ، حتى لو تهدد بأقل من أربعين منها لم يحل الاقدام على ذلك ، لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير ، والتعزير يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفاً .
ولكنا نقول نصب المقدار بالرأي لا يكون ولا نص في التقدير هنا ، وأحوال الناس مختلفة في أحوال بدنهم ، فلا طريق سوى رجوع المكره إلى غالب رأيه . فإن وقع غالب رأيه

إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه ، وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لان تناول هــذه المحرمات إنما يباح عنــد الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح ولا يسعه أن يصير على ما توعد بــه ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ، لأنـه لما أبيـح

أنه متلف نفساً له أو عضواً يحل له الاقدام ، والأول في الذخيرة . ولو هدد بضرب سوط أو سوطين فهو لا يعتبر إلا أن يقول لأضربنك على عينك أو على مذاكيرك .

(إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه ، وكذا على هذا) أي وكذا الحكم على ما ذكر (الدم ولحم الخنزير) يعني إذا أكره على شرب الدم وأكل لحم الخنزير لا يحل الاقــدام إلا إذا خاف على نفسه أو على عضو من أعضائه (لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة)فإنه تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله﴿ إلا ما اضطررتم﴾ ١١٩ الأنعام ، وقال ﴿ فمن اضطر في مخمصة ﴾ ٣ المائدة ، يتحقق بالاكراه(لقيام المحرم فيما وراءها) أي فيما وراء الضرورة (ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد) أي التلف (وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصير على توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يأكل فهو اثم) أي في ظاهر الرواية ، وكذا هذا فيمن أصابته مخمصة ، وبه قال الشافعي « رح » في قول صحيح وأحمد في رواية ومالك (لأنه لما أبيح) من حيث أن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العرض أو حفظ ذلك مع فوات

كان بالامتناع معاوناً لغـــيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يأثم لأنـــه رخصة ، إذ الحرمة قائمة فكان آخـذاً بالعزيمة . قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تـكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم ، فكان إباحـــة لا رخصة ، إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن انكشاف الحرمة خفاء

النفس غير ممكن (كان بالامتناع) عن الاقدام (معاوناً لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة) .

(وعن أبي يوسف أنه لا يأثم) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية (لأنـــه رخصة) أي لأن الاقدام على ذلك رخصة (إذ الحرمة قائمة) أي إذ الحرمة بصفة أنهـا ميتة أو خمر قائمة . فاذا امتنع عن ذلك (فيكون آخذاً بالعزيمة) فلا يأثم .

(قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص) هذا منع لما قاله أبو يوسف ، تقريره لا نسلم أن الحرمة قائمة ، لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار وقال ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ ١١٩الانعام (وهو) أي الاستثناء دل عليه قوله مستثناة (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) يعني الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، فكان البيـــان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فـــلا محرم) أي إذا كان كذلك فلا يحرم حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) أي كان إباحة ابتداء ، لانه داخل في الحرمة ثم خرج فامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً .

(إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالاباحة في هذه الحالة) هذا جواب إشكال كأنه يقول إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الانسان لا يأثم بترك المباح ، فأجاب بأنه يأثم إذا عـلم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف ، لانه يصير ساعياً في إتلاف نفسه ، أما إذا لم يعلم ذلك فـلا يأثم (لأن في انكشاف الحرمة خفاء) لانه أمر يستأثر بمعرفة الفقهاء ، فيكون أوساط

فيعذر بالجهل فيـــه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب . قال وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو بسبب رسول الله ﷺ بقيـد أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، لان الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر ، ففي الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى . قال فإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويوري ،

الناس مغرورين فيه (فيعذر بالجهل فيه) لخفائه عليه (كالجهل بالخطاب في أول الاسلام) حيث كان عذر (أو في دار الحرب) بأن أسلم في دار الحرب لا يجب عليه شيء مـــا لم يعلم بأوامر الشرع .

فان قيل إضافة الاثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم ، وها هنا قـد ترتب عليه قتل النفس المحرم ، فصار الترك حراماً ، لان ما أفضى الى الحرام حرام .

(قال) أي القدوري (وان أكره على الكفر بالله والعياذ بالله أو بسبب رسول الله ﷺ بقيد أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه عـلى نفسه أو على عضو من أعضائه ، لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لمـا مر) في أول الفصل (ففي الكفر وحرمته) أي والحال أن حرمة الكفر (أشد أولى وأحرى) بأن لا يكون اكراهاً . وقوله أشد خبر لقوله وحرمتـــه . وقوله أولى خبر لقوله ففي الكفر تقديره عدم كون الاكراه في الكفر أولى .

(قال فاذا خاف على ذلك) يعني على نفسه أو على عضو من أعضائـه (وسعه أن يظهر ما أمروه به) الضمير في أمروه يرجع الى المكره بالفتح وفي يد الى ما في قوله ما أمروه (ويوري) بنصب الياء ، أي وأن يورى عطفاً على قوله أن يظهر وهو من التوراة

فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه لحديث عمار بن ياسر حين ابتلي بـــه وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئناً بالإيمان ، فقال عليه السلام فإن عادوا فعد ،

وهو أن يظهر خلاف ما يضمره وهو الاتيان بلفظ يحتمل معنيين بأن يظهر الكفر باللسان مع اضمار الايمان في قلبه .

(فان اظهر ذلك) أي التلفظ بالكفر (وقلبه مطمئن بالايمان) أي والحال أن قلبـــه مطمئن بالايمان (فلا اثم عليه) أي فلا اثم عليه حينئذ (لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلى به ، وقد قال له النبي ﷺ كيف وجدت قلبك ، قال مطمئناً بالايمان ، فقال ﷺ إن عادوا فعد) هذا الحديث أخرجه الحـــاكم في المستدرك في تفسير سورة النحل من حديث عبيد الله بن عمر الرقي عن عبد الكريم بن مالك الجزري عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوني حتى سببت النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير ، فلما أتاه رسول الله ﷺ ما وراءك ، قال سر يا رسول الله ﷺ تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير ،قال كيف تجد قلبك، قال مطمئناً بالايمان ، قال فان عادوا فعد . وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وأخرجه البيهقي في المعرفة وأبو نعيم في الحلية في ترجمة عمار ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن عبد الكريم الجزري ، وعن عبد الرزاق رواه اسحاق بن راهوية في مسنده في مسند عمار بن ياسر قوله فان عادوا قال بعض الشراح ، أي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر ، اذ لا يجوز منه ﷺ الامر باجراء كلمة الكفر . وقال صاحب العناية معناه عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجر والطمأنينة جميعاً ، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحـــاً وليس كذلك ، لأن الكفر مما لا تنكشف حرمته .

وقال تاج الشريعة وبعض العلماء يحملون قوله فإن عادوا فعـــد على ظاهره، يعني إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى مـــا كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير وهو غلط ،

وفيه نزل قوله تعالى ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ ... الآية ١٠٦ النحل ، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الايمـان حقيقة لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة

فإنه لا يظن برسول الله ﷺ انه يأمر أحداً بالتكلم بكلمـة الشرك ، ولكن مراده إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان ، وهذا لأن التكلم إن كان مرخصاً بـه فالامتناع منه أفضل . وقال الأترازي يعني إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان ، يعني فاثبت على الطمأنينه وهو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى ﴿اهدنا الصراط المستقيم ﴾ معناه إن عادوا الى الاكراه ثانياً فعد أنت الى مثل ما أنت به أولاً من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب بالايمان ، انتهى .

قلت هذا صواب من الكل لأن مقتضى التركيب هذا على ما لا يخفى ولا نسلم أنـه أمر من الرسول عليه السلام بالتكلم بكلمة الشرك ، بل هذا التشريع للمبتلى بالاكراه فكيف يفعل ، لأنه عليه السلام مبين مشرع فافهم .

(وفيه) أي وفي عمار بن ياسر رضي الله عنه (نزل قوله تعالى ﴿ الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ﴾ الآيـة ١٠٦ النحل) ذكر أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في عمار بن ياسر رضي الله عنه رخصة أنه خرج مهاجراً الى رسول الله ﷺ مع جماعة فأخذهم كفار مكة ، وقالوا انكم تريدون محمداً وعذبوهم وأكرهوهم على الكفر فصبر بعضهـم حتى قتل وتكلم عمار رضي الله عنه بما أكرهوه عليه وقلبه مطمئن بالايمان فخلوا عنه ، فلما قدم على رسول الله ﷺ أخبر بذلك فنزلت الآية .

(ولأن بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق) هـذا دليل معقول ، وتقريره أن الايمان هو الاقرار باللسان والتصديق بالجنان والتصديق هو الركن الأصلي ، وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً ، لأن التكرار ليس بشرط فلا يفوت الايمان بذلك حقيقة (وفي الامتناع) عن اتيان ما تهدد به (فوت النفس حقيقة)

فيسعه الميل إليه . قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً ، لان خبيباً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء ، وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ،

فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوق حق الله توهماً (فيسعه الميل اليه) .

(قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً ، لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة) هذا الحديث بهذا الوجه لم يثبت وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه صلب ولا انه اكراه، ولا أن النبي عليه الصلاة والسلام سماه سيد الشهداء ولا قال فيه وهو رفيقي في الجنة فأخرج البخاري [1] في الجهاد عن عمر بن أبي سفيان الثقفي عن أبي هريرة قال بعث النبي عليه الصلاة والسلام عشرة عيناً وأمر عليهم عاصم بن ثابت فانطلقوا حتى اذا كانوا بين عسفان ومكة ذكروا لحي من هذيل يقال لهم بنو لحيان فنفروا لهم بقريب من مائة رجل رام فاقتصوا آثارهم حتى أتوا منزلاً نزلوه فوجدوا فيه نوى تمر تزودوه من المدينة فقالوا هذا تمر يثرب ، فتبعوا آثارهم حتى لحقوهم، فلما أحس عاصم وأصحابه لجؤوا الى فدفد وجاء القوم فأحاطوا بهم فقالوا لهم إنزلوا فأعطوا بأيديكم ، ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً ، فقال عاصم بن ثابت أيها القوم أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر ، ثم قال اللهم أخبر عنا ﷺ فرموهم بالنبل فقتلوا عاصماً ونزل اليهم ثلاثة نفر على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة ورجل آخر ، فلما استمكنوا منهم اطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها . قال الرجل الثالث هذا أول الغدر ، فأبى أن يصحبهم فجروه وعالجوه على أن يصحبهم فلم يفعل فقتلوه وانطلقوا بخبيب وزيد حتى باعوهما بمكة ، فاشترى خبيباً بنو الحارث بن عامر بن نوفل ، وكان خبيب هو قتل الحارث يوم بدر ، فمكث عندهم أسيراً حتى اذا أجمعوا على قتله استعار موسى من بعض بنات الحارث ليستحد به فأعارته ،

---

(١) ورد الحديث في الأصل ناقصاً، وفيه أخطاء كثيرة تضيع معنى الحديث فاضطررنا للزيادة عليه من صحيح البخاري لتكتمل الفائدة ، اهـ مصححه .

قالت فغفلت عن صبي لي فدرج اليه حتى أتاه فوضعه على فخذه ، فلما رأيته فزعت فزعة عرف ذلك مني ، فقال أتخشين أن أقتله ، ما كنت لأفعل ذلك ان شاء الله ، كانت تقول ما رأيت أسيراً قط خيراً من خبيب ، لقد رأيته يوماً يأكل من قطف عنب وما بمكة يومئذ من ثمرة ، وانه لموثق في الحديد ، وما كان الا رزقاً رزقه الله ، فخرجوا به من الحرم ليقتلوه وقال دعوني أصلي ركعتين ، فصلى ثم رجع إليهم فقال لهم لولا أن ترو أن ما بي جزع من الموت لرجعت،فكان أول من سن الركعتين عند القتل هو ثم قال اللهم احصهم عدداً واقتلهم بدداً ولا تبق منهم أحداً ، ثم قال :

ولست أبالي حين أقتل مسلماً على أي شق كان لله مصرعي

وذلك في ذات الإله وإن يشأ يبارك على أوصال شلو ممزع

ثم قام إليه عقبة بن الحارث فقتله وبعث ناس من قريش إلى عاصم بن ثابت ليأتوا بشيء من جسده يعرفونه ، وكان عاصم قتل عظيماً من عظمائهم يوم بدر ، فبعث الله عليه مثل الظلة من الدبر فحمته من رسلهم ، فلم يقدروا أن يقطعوا منه شيء ، انتهى.

قال عبد الحق ، وقصة خبيب كانت في غزوة الرجيع ، والرجيع على ثمانية أميال من عسفان ، وعسفان على مرحلة من خليص في الجنوب ومن عسفان إلى بطن مر ثلاثة وثلاثون ميلاً ومن بطن مر إلى مكة مسيرة يوم ، وخليص بضم الخاء المعجمة. وعسفان بضم العين المهملة . وبطن مر بفتح الميم وتشديد الراء . وغزوة أحد كانت في النصف من شوال سنة ثلاث من الهجرة . قوله إلى فدفد بفائين مفتوحتين ودالين مهملتين ، وهي الأرض المستوية ، وقيل الأرض المرتفعة . وقال ابن دريد الفدفد هي الأرض الغليظة المرتفعة ذات الحصى ، فلا تزال الشمس تبرق فيها .

قوله من قطف عنب أي عنقود عنب وهو بكسر القاف وسكون الطاء وفي آخره فاء. وقال الليث القطف إسم للثمار المقطوفة ، يقال قطفت العنب أقطفه قطفاً جنيته . قوله شلو بكسر الشين المعجمة وسكون اللام وهو العضو من أعضاء اللحم وأشلاء الإنسان أعضاؤه . قوله ممزوع من التمزيع وهو التفريق ، ومادته ميم وزاي معجمة وعين مهملة.

قوله لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب ، وهو بضم الخاء المعجمة وفتح الباء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره باء موحدة أخرى ، وقد ذكرنا أن صلبه لم يثبت في الصحيح ولكن محمد بن اسحاق ذكره في كتاب السيرة وقال ابتاع خبيباً حجير بن ابان التيمي رحمه الله لقتله بأبيه ثم أخرجوه إلى التنعيم وصلبوه على خشبة وقتلوه .

قوله وسماه أي خبيباً رسول الله ﷺ سيد الشهداء ، هذا لم يثبت والمعروف من قوله عليه السلام سيد الشهداء أنه حمزة رضي الله عنه ، رواه الحاكم في الفضائل من حديث عبدالله ابن محمد بن عقيل رحمهم الله سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول قال رسول الله ﷺ سيد الشهداء عند الله يوم القيامة حمزة رضي الله عنه ، وأخرجه الطبراني عن أبي إسحاق الشيباني عن علي بن حذور عن الاصبغ بن نباتة عن علي رضي الله عنه قال إن أفضل الخلق يوم يجمعهم الله الرسل ، وأفضل الناس بعد الرسل الشهداء ، وأفضل الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه ، وقد تكلم به رسول الله ﷺ فقال سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه حديث آخر نحو ذلك ورد في بلال رواه البزار في مسنده من حديث زيد بن أرقم أن النبي عليه السلام قال نعم المرء بلال وهو سيد الشهداء ... الحديث .

قوله وقال في مثله ، أي فيه أي في خبيب ، وكلمة مثل زائده هو رفيقي في الجنة . وقيل لفظ مثل عبارة عن الذات أي قال في ذاته أي ذات خبيب. وقال تاج الشريعة أي في مثل خبيب في الصبر على أذى المشركين وصلبهم وعدم إجراء كلمة الكفر فمن كان كذلك يكون باذلاً نفسه لإعزاز الدين فيكون مثل خبيب رضي الله عنه . قلت المفهوم من كلامه أن قوله عليه السلام هو رفيقي في الجنة ، في حق غير خبيب ولكن يدخل فيه خبيب بمشاركته غيره في الصبر على الأذى وغيره ، والمفهوم مما ذكرنا أولاً ، أي قوله عليه السلام هذا في حق خبيب رضي الله عنه والأحرى ما قاله تاج الشريعة ، لأن قوله عليه السلام هذا لم يثبت في حق خبيب وإن كان هو من رفقاء النبي عليه السلام في الجنة .

(ولأن الحرمة باقية) لتناهي قبيح الكفر ، فكان بالصبر على الاكراه مجتنباً محرم

الشرع ممتثلاً نهيه (والامتناع لاعزاز الدين عزيمة) أي الامتناع عن إظهار ما توعد به لأجل إعزاز الدين عزيمة ، أي أخذ بالعزيمة ، ولا شك أن الأخذ بالعزيمة أفضل من الاخذ بالرخصة ولا سيما في مثل هذا الموضع (بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر ، فإن الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) أراد به قوله تعالى ﴿ إلا ما اضطررتم ﴾ ١١٩ الأنعام ، والاستثناء من التحريم إباحة .

فإن قلت الله تعالى كما استثنى في إجراء كلمة الكفر أيضاً في قوله تعالى ﴿ من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره ﴾ ١٠٦ الأنعام. قلت من كفر بالله شرط مبتدأ وحذف جوابه لأن جواب « من شرح بالكفر صدراً » دال عليه ، كأنه قيل من كفر باللهفعليهم غضب إلا من أكره ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب ، ولا يلزم من انتفاء الغضب الاباحة . وتقريره أن في الآية تقديماً وتأخيراً ، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه ، وإنما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة ، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض ، فان السبب موجود والحكم متأخر ، فجاز أن يكون النصب منفياً مع قيام العلة الموجبة للغصب وهو الحرمة ، فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر .

هذا ما قالوه وفيه نظر ،لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلفعن الحكم الذي هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ﴾ ١٨٥ البقرة ، ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك. وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي رحمه الله إلى أن الأمر في قوله عليه السلام فإن عادوا فعد للاباحة ، وقولهم لأن الكفر فيما لا تنكشف حرمته صحيح ، ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرهاً لا في المكره .

قال وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك ، لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ، ولصاحب المال أن يضمن المكره ، لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له ، والإتلاف من هـذا القبيل . وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثماً ، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما ،

(قال) أي القدوري رحمه الله (فإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) أي إتلاف مال المسلم (لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة) أي يعامل به معاملة المباح ، إلا أنه يجعل مباحاً في تلك الحالة ، ولهذا لو لم يتناول حتى قتل يثاب على ذلك. وفي الخمر لو لم يشرب حتى قتل يأثم ،قالوا هذه المسألة تدل على أن تناول مال الغير أشد حرمة من شرب الخمر (وقد تحققت) أي الضرورة (ولصاحب المال أن يضمن المكره) بكسر الراء (لأن المكره) بفتح الراء (آلة للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح آلة له) قد مر أن في كل موضع يصلح كون المكره آلة للمكره يكون الضمان على المكره ، واحترز بقوله فيما يصلح عن الاكل والتكلم والوطء ، فإنه فيها لا يصلح آلة له إذ الاكل بفم الغير والتكلم بلسان الغير لا يتصور (والاتلاف من هذا القبيل) أي من قبيل أن يصلح آلة بأن يأخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه .

(وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل) بأن قال لغيره إن لم تقتل فلاناً لأقتلنك لا يسعه الإقدام على قتله . قوله ويصبر بالرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي وهو يصبر على ذلك ولا يجوز نصبه عطفاً على أن يقدم عليه لفساد المعنى فافهم (فإن قتله كان آثماً ، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما) إذ دليل

فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً
قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

الرخصة خوف التلف والمكره عليه في ذلك سواء فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض ، بخلاف ما إذا صبر على اتلاف مال الغير ، فإن دليل الرخصة قائمة وحرمة النفس فوق حرمة المال (فكذا بهذه الضرورة) أي فكذا لا يباح بهذه الضرورة وهي الإكراه على قتل النفس فيقول الاكراه يبيح ما تبيحه الضرورة لا يبيحه الاكراه ثم قتل المسلم لا يباح لضرورة ما ، فكذا لا يباح بالاكراه .

(قال) أي القدوري رحمه الله (والقصاص على المكره) بكسر الراء (إن كان القتل عمداً) أي إن كان القتل قتل عمد ، وإن كان القاتل عامداً (قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله) أي قال المصنف المذكور وهو وجوب القصاص على المكره بكسر الراء عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول . وقال السغناقي « رح » سواء كان الآمر عاقلاً بالغاً أو معتوهاً أو غلاماً غير بالغ ، فالقود على الآمر وعزاه إلى المبسوط .

ثم أورد سؤالاً فقال فان قيل لو كان المكره الآمر بمنزلة الآلة للمباشرة في القتل والمكره المأمور آلة لوجب أن لا يجب القصاص على الآمر فيما إذا كان صبياً أو معتوهاً ، لأن انتقال فعل المكره إليه لا يكون أقوى من مباشرته بنفسه ، وفيما باشر الصبي القتل العمد لا يجب القصاص عليه ، وقد ذكر في المبسوط أن القصاص يجب على الصبي إذا أمر غيره بالقتل العمد بالاكراه كما ذكرت ، فما وجهه . قلنا لما انتقل فعل المأمور إلى الآمر انتقل مع وصفه من العقل والبلوغ ، فصار ذلك بمنزله جناية الآمر بيد المأمور في الأحكام القتل ، فلهذا لم يعتبر عقد الآمر وبلوغه بخلاف ما لو باشر بنفسه لأنه لا واسطة هناك أحد يوصف بالعقل والبلوغ لينتقل قوله إليه بذلك الوصف ، فكان ذلك قتلاً خاصاً من الصبي لا غير ، ولا اعتبار لعمد الصبي من القتل في إيجاب القصاص .

وقال الشيخ العلامة علاء الدين عبد العزيز رحمها الله ما نقله السغناقي عن المبسوط سهو فانه ذكر في هذا الباب ، إذا عرفنا هذا فنقول سواء كان المكره عاقلاً بالغاً أو معتوهاً أو

وقال زفر « رح » يجب على المكره . وقال أبو يوسف « رح » لا يجب عليهما . وقال الشافعي « رح » يجب عليهما . لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحساً وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم

غلاماً غير بالغ فالنقود على المكره ، لأن المكره صار كالآلة له والعقل والبلوغ غير معتبر في حق الآلة ، وإنما المعتبر تحقق الالجاء فعلم أن قوله سواء كان المكره بالغاً أو معتوهاً بفتح الراء وبكسرها والدليل الذي ذكره ينادي عليه فتوهمه بكسر الراء ، وذلك غير سديد يؤيده ما قال أبو اليسر في المبسوط، ولو كان المكره الآمر صبياً أو مجنوناً لا يجب القصاص على أحد ، لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه ، وذكر الحلواني في مبسوطه ولو كان المأمور مختلط العقل أو صبياً يجب القصاص على المكره الآمر ، لأن فعل القاتل ينقل إليه فيكون الصبي والبالغ في حقه سواء ، فعلم بهذا أن إيجاب القصاص على الصبي الآمر سهو ، وما ذكره من الفرق بين المباشر والآمر غير مسلم ، لأن المنتقل الفعل ووصفه من العمد والخطأ لا وصف القاتل من العقل والبلوغ ، ألا ترى أن المأمور لو كان صبياً أو ممتوهاً لا ينتقل وصف الصبا والقسر إليه ، حتى لا يجب القصاص على المكره احتيالاً للدرء في القصاص .

(وقال زفر رحمه الله يجب على المكره) بفتح الراء ، أراد به يجب القصاص على المكره المأمور وهو رواية عنه وفي رواية أخرى عنه كقول الشافعي رضي الله عنه (وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما) أي لا يجب القصاص على المكره والمكره جميعاً (وقال الشافعي رضي الله عنه يجب عليهما) أى على المكره والمكره جميعاً ، وبه قال مالك وأحمد رحمها الله .

(لزفر رحمه الله أن الفعل من المكره) أي أن الفعل وهو القتل حاصل من المكره بفتح الراء (حقيقة) أي من حيث الحقيقة لصدوره منه بغير واسطة (وحساً) أي ومن حيث الحس ، فانه معاين مشاهد (وقرر الشرع حكمه) أي حكم القتل (عليه) أي على القاتل (وهو) أي حكم القتل (الاثم) بالاجماع ، فايجاب القصاص على غيره غير معقول

بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لانـــه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي « رح » في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضاً لوجود التسبيب في القتل منـــه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص . ولأبي يوسف « رح » أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه نظراً إلى التأثيم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظراً إلى الحمل

وغير مشروع (بخلاف الاكراه على إتلاف مال الغير ، لأنه سقط حكمه وهو الاثم) فلم يكن مقدراً عليه شرعاً (وأضيف إلى غيره) أي إلى غير المكره (وبهذا) أي بمـــا ذكره زفر رحمه الله من الدليل (يتمسك الشافعي رضي الله عنه في جانب المكره) بفتح الراء ، يعني في وجوب القصاص (ويوجبه) أي ويوجب الشافعي القصاص (على المكره أيضاً) بكسر الراء (لوجود التسبيب في القتل منه) أي من المكره الآمر حيث أحدث فيه معنى كان حاملاً له على القتل .

(وللتسبيب في هذا) أي في القتل (حكم المباشرة عنده) أي عند الشافعي رضي الله عنه (كما في شهود القصاص) يعني إذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً ، فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب لأنهما قتلاه حكماً قيل في عبارة المصنف تسامح ، لأن دليل زفر رحمه الله يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره ، فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي رضي الله عنه وهو يضيفه إلى غـيره أيضاً . أجيب بأن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة ، والشافعي رضي الله عنه يضيفه إلى الغير تسبيباً فلا تنافي .

(ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل مقصوراً على المكره) بفتح الراء (من وجه نظراً إلى التأثيم) للتسارع إياه ، فانه يدل على تقرر الحكم وقصره عليه (وأضيف إلى المكره) بكسر الراء (من وجه نظراً إلى الحمل) بفتح الحاء ، أي حمل المكره عليه تقـديره أن كونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه ، وكل ما كان كذلك كان

فدخلت الشبهة في كل جانب . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصور عليـــه في حق الاثم كما تقول في الإكراه على الاعتاق وفي إكراه المجوسي على ذبح

شبهة (فدخلت الشبهة في كل جانب) والقصاص يندفع بها .

(ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنـه) أي أن المكره بالفتح (محمول على القتل) أي ملجأ إليه بواسطة التهديد بالقتل (بطبعه) يعني يصير المكره القاتـــل في ذلك قاتلا بطبعه ، أي باقتضاء طبعـــه ، ذلك كالسيف يقطع بطبعه فان طبعه يقتضي القطع ، وذلك (إيثاراً لحياته) أي لاجل إيثاره حياته على حياة غيره ، لان الانسان جبل على حب حياة نفسه ، فحينئذ نفذ اختياره (فيصير آلة للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه) فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة ، لأن الفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة .

(ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه) هذا جواب عما يقال لو كان آلة لأضيف الاثم إلى المكره كالقتل ، فأجاب بقوله ولا يصلح أي المكره آلة له ، أي للمكره بكسر الراء في الجناية على دينه ، لأن القتل من حيث أنه يوجب المأثم جناية على دين القاتل ، لأنه إنما كرهه ليجني عليه دينه ، فلو أضيف إليه لصار جناية على دين المكره ، وفي بطلان الإكراه (فبقي الفعل) من حيث كونه جناية على دينه (مقصور عليه) أي على المكره بالفتـح (في حق الاثم كما تقول في الإكراه على الإعتاق) ومن حيث الاتـلاف منقولاً إلى المكره من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره ومن الاعتـــاق بقي مقصوراً على المكره حتى يكون الولاء له .

(وفي إكراه المجوسي) أي وكما تقول في إكراه المجوسي أي إكـــراه المسلم المجوسي فالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ، لأن المجوسي مكره وقد صرح بـــه في الإيضاح وهو كما لو أكره مجوسياً (على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره) بكسر

شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا . قال وإن أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي وقد مر في الطلاق .

الراء (في الاتلاف) يضمن قيمة الشاة (دون الذكاة حتى يحرم) فلا يحل تناوله،لأن حل الذبح يتعلق بأمور الدين (كذا هذا) أي كذا حكم القتل .

فان قلت لو كان المأمور محمولاً على القتل بطبعه لإيثار حياته ينبغي أن يسقط القصاص عن إصابة مخمصة فقتل إنساناً وأكل من لحمه حتى بقي حياً فما الفرق . قلت وملجأ هناك من جهة الغير فصار آلة ، وأما المضطر فقيم ملجأ إلى القتل من جهة غيره حتى يصير آلة، ولهذا يجب عليه الضمان في المال فعلم أن الحكم مقصوراً عليه .

فإن قلت ينبغى أن لا يصلح المكره آلة له في الاعتاق من حيث الاتلاف ، لأن الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق التلفظ ، فكذا في حق مايثبت في ضمنه . قلت نفس الاعتاق إتلاف إذ هو إزالة الملك وليس في قدرة العبد إلا ذلك وهو يصلح في إزالة الملك ، أما إثبات القوة فخالص حق الله تعالى لا يقال يشكل بما إذا أكره محرم على صيد حتى قتله وأدى الضمان لا يرجع على المكره وإن صلح آلة له في الاتلاف ، لانا نقول الضمان في قتل الصيد إنما تجب بالجناية على إحرامه وهو لا يصلح آلة له في ذلك .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإن أكره على طلاق إمرأته) أي إن أكره الرجل على أن يطلق أمرأته ، وفي بعض النسخ وإن أكرهه الرجل على طلاق إمرأته (أو عتق عبده ففعل) أي طلق امرأته أو عتق عبده (وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي رضي الله عنه) ويقول الشافعي قال مالك وأحمد رحمهما الله ثم الاكراه لا يعمل في أشياء منها الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة والتدبير والعفو عن القصاص واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الايلاء والاسلام ، لأنه إنشاء تصرف (وقد مر في الطلاق) أي في فصل طلاق المكره والسكران . وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله إكراه بوعيد

قال ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف ، فانضاف إليه فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً ولا سعاية على العبد ، لان السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير

القتل على الطلاق والعتاق فلم يفعل حتى قتل لم يأثم كما لو أكره بالقتل على إتلاف مال نفسه فلم يتلف كان شهيداً ، فكذا في الامتناع عن إبطال ملك النكاح .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ويرجع) أي المكره بفتح الراء (على الذي أكرهه بقيمة العبد ، لأنه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف ، فانضاف إليه فله) أي فللمكره المأمور (أن يضمنه) أي المكره الآمر (موسراً كان أو معسراً) لأن وجوب الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون ضمان جيران ، فلا يختلف باليسار والاعسار ، ألا ترى أن شهود الاعتاق يضمنون إذا رجعوا موسرين كانوا أو معسرين .

فإن قلت ينبغي أن لا يجب الضمان على المكره لأنه أتلفه بعوض وهو الولاء، والاتلاف بعوض كلا إتلاف . قلت هذا يكون أن لو كان العوض مالاً أو في حكم المال والولاء ليس بمال ولا أشبه بالمال لانه بمنزلة النسب وهو ليس بمال .

(ولا سعاية على العبد ، لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية) وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانياً كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المستسعى كالمكاتب والذي يحتاج إلى التخريج إلى الحرية كالعبد المشترك إذا أعتقه أحد الشريكين يحتاج إلى تخريجه إلى الحرية إما بالاستسعاء أو بالتضمين ، أو يعتق الشريك الآخر كما عرف (أو لتعلق حق الغير) أي أو السعاية إنما يجب لتعلق حق الغير بالعبد كما هو مذهبهما كعتق المريض عبده وعتق الراهن عبد المرهون ، فإنه يجب السعاية على العبد فيما إن كان معسراً لتعلق حق الغير به .

وفي الذخيرة مسألة الاعتاق والطلاق على ثلاثة أوجه . الأول ؛ أن يقول المكره خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً وقد أردت ذلك لا الانشاء بعتق العبد قضاء لا

ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ بإتلافه . قال ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها ، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه ، فيضاف إلى المكره

ديانة ، ولا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره وعتق العبد بإقراره طائعاً .

الثاني : أن يقول خطر ببالي الاخبار كاذباً وتركت ذلك وأردت عتقاً مستقبلاً كما طلب مني ، ففي هذا عتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد .

الثالث : أن يقول لم يخطر ببالي شيء وقد أتيت بما طلب مني ، فالجواب فيه كالجواب في الوجه الثاني ، والجواب في الاكراه على الطلاق وقد سمى لها مهراً قبل الدخول كالجواب في الاكراه على عتق العبد في الوقوع ورجوع الزوج على المكره ، إلا أن في الطلاق الرجوع بنصف المهر ، وفي الأعتاق بقيمة العبد .

(ولم يوجد واحد منهما) أي من التخريج إلى الحرية وتعلق حق الغير (ولا يرجع المكره) بكسر الراء (على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه) أي لأن المكره نفسه إنما يضمن من حيث أنه جعل متلفاً للعبد حكماً كأنه قتله والمقتول لا يسمى لأحد حكماً .

(قال) أي القدوري (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان) أي الاكراه (قبل الدخول) بها . فإن قلت المماثلة شرط في ضمان العدوان والمكره لم يضع غير تأكيد نصف المهر والايجاب أعلى من التأكيد . قلت المماثلة في المضمون لا في الفعل ، والمضمن نصف المهر بالاتفاق فتتحقق المماثلة (وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره) بكسر الراء (بما لزمه من المتعة ، لأن ما عليه) أي على الزوج (كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها) بتمكين أي الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى (وإنما يتأكد) أي ما كان عليه إنما يتأكد (بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره)

من حيث انه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها ، لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق

بكسر الراء (من حيث أنه إتلاف) فإذا أضيف إليه يرجع المكره عليه لأن للتأكيد شبها فكان المكره بمنزلة الآلة فيرجع عليه .

(بخلاف ما إذا دخل بها) حيث لا يضمن المكره الآمر شيئاً وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وعند الشافعي «رح» يضمن مهر المثل (لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق) فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ، ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق لا يضمنان . ثم أن المصنف لم يضمن الإكراه على النكاح .

قال محمد في الأصل ولو أن رجلاً أكره بوجه قتل أو بحبس أو بقيد أو بضرب حتى تزوج إمرأة على عشرة آلاف ومهر مثلها ألف درهم كان النكاح جائزاً ، ويكون من العشرة آلاف درهم مهر مثلها ألف درهم ويبطل الفضل . وذكر الطحاوي في مختصره أن الزوج يلزمه جميع ذلك فيرجع بالفضل على من أكرهه وهو ليس بظاهر الرواية ، ولو أن المرأة هي التي أكرهت حتى تزوجها الزوج على ألف درهم مهر مثلها عشرة آلاف أو زوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكره .

ثم هل للمرأة والأولياء الاعتراض على هذا النكاح . فالمسألة على وجهين ، إما أن يكون الزوج دخل بها أو لم يدخل بها وكل وجه على وجهين ، إما أن ترضى المرأة بما سمى لها من الصداق أو لم ترض ، وكل وجه على وجهين ، إما أن يكون الزوج كفوءاً لها أو غير كفوء ، فإن كان كفوءاً لها وقد رضيت بالمسمى كان للأولياء حق الإعتراض عند أبي حنيفة ، وعندهما لا أصل . ولو زوجت نفسها في الإبتداء من كفوء بأقل من مهر المثل كانت المسألة على الإختلاف ، إن كان الزوج غير كفوء لها فللأولياء الإعتراض على هذا النكاح عندهم جميعاً ، هذا إذا رضيت بالمسمى ولم يدخل بها الزوج ، فان لم ترض بالمسمى ينظر ، فان كان الزوج كفوءاً لها فلها حق الإعتراض على هذا النكاح بسبب نقصان المهر عندهم جميعاً ، فاذا رفعت الأمر إلى القاضي يخير زوجها فيقول له أتم لها مهرها وإلا

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً لان الإكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة . ويرجع على المكره

فرقت بينكما ، فاذا أتم نفذ النكاح ، وإن أبـــى يفرق بينهما ولا يكون لها مهر ، لأن الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض بالزيادة ، والفرقة الواقعة من قبلهـا تسقط الصداق كله قبل الدخول كما في ارتدادها ، وإن لم يكن الزوج كفؤاً لها فلها وللأولياء حق الإعتراض على هذا النكاح عند أبي حنيفة لعدم الكفارة ونقصان المهر . وعندهما ليس لها حق الإعتراض كذلك للأولياء لعدم الكفاءة لا غير .

هذا كله فيما إذا لم يدخل بها . فان دخل بها وهي مكرهة فان كان الزوج كفوءاً لها فللأولياء والمرأة حق الإعتراض بسبب عدم الكفاءة ، وأما إذا دخل بها وهي طائعة فقد رضيت بالمهر المسمى دلالة ، فكان كما لو رضيت بالمسمى نصاً ، فعلى قول أبي حنيفة للأولياء حق الإعتراض . وإن كان الزوج غير كفوء فللاولياء حق الإعتراض عند أبي حنيفـــة لعدم الكفاءة ونقصان المهر ، وعندهما لعدم الكفاءة لا غير ، هذا خلاصة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله .

(ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أوأعتق (جاز استحساناً) أي يقع الطلاق والعتاق بفعل الوكيل . وفي القياس لا يقع ، وبـــه قالت الثلاثة لأن القياس أن لا تصح الوكالة بالإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا فلا ، لانهما ينفيان الرضى ، والوكالة تبطل بالهزل ، فكذا مع الاكراه (لان الاكراه) إشارة إلى بيان وجه الاستحسان ، تقديره أن الاكراه (مؤثر في فساد العقد) فكان كالشرط الفاسد (والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة أما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضى فيفسد بـه الاختيار فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع عن الانعقاد ، وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط فلأنها من الاسقاطات إذ الموكل يسقط حقه بالتعويض إليه ، فاذا لم تبطل الوكالة ينفذ تصرف الوكيل (ويرجع على المكره) بكسر الراء بما عزم من نصف الصداق وقيمة

استحساناً لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه، لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها . وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ. وكذا الرجعة

العبد (استحساناً) والقياس أن لا يرجع عليه ، لأن الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها ، فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل ، فلا يضاف التلف إليه كما في الشاهدين شهدا أن فلاناً وكل فلاناً يعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا .

وجه الاستحسان هو قوله (لأن مقصود المكره) بالكسر (زوال ملكه إذا باشر الوكيل) فكان الزوال مقصوداً فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه إكراه (والنذر لا يعمل فيه الاكراه) يشير بهذا إلى بيان ما يعمل فيه الاكراه ، وإما لا يعمل وضابط ذلك أن كل ما يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه، فاذا كان كذلك يصح النذر مع الاكراه بأن أكرهه بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوماً أو حجاً أو مثل ذلك لزمه كله خلافاً للثلاثة .

(لانه) أي لان النذر (لا يحتمل الفسخ) لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين واليمين لا يحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه . وروى محمد في أوائل الاكراه عن عمر رضي الله عنه **أنه قال أربع مقفلات مبهمات** ليس فيهن رد بذى الاعتاق ولا الطلاق والنكاح والنذر ، أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضى والطواعية ، والحل إذا صدرت عن المكلف .

(ولا رجوع على المكره) بالكسر (بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب) أي المكره بالكسر (به) أي لما أكرهوه (فيها) أي في الدنيا (وكذا اليمين) أي وكذا إذا أكره على يمين فحلف انعقدت (والظهار) بأن أكره على أن يظاهر امرأته فظاهر صح (لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة) أي لعدم احتمالهما بالفسخ والظهار من أسباب التحريم كالطلاق فيستوي فيه الجد والهزل والاكراه والطوع،

والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه ، فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام .

خلافاً للثلاثة لا يعمل فيها الاكراه لانه استدامة للنكاح ، فكانت ملحقة به (والايلاء) أي وكذ الايلاء لانه يمين في المال والاكراه لا يمنع كل واحد منهما (والفيء فيه باللسان) أي في الايلاء بأن أكرهه على فيء إليها باللسان ففعل صح ، لانه كالهبة في استدامته أي الرجعة في الاستدامة (لانها) أى الرجعة والايلاء والفيء في بعض النسخ لانه ، أي لان كل واحد من المذكورات (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا إتلاف بغير حق وإن عين عبداً لذلك ففعل عتق ولم يجز الكفارة رجع على المكره بقيمته ، لانه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن مستحقاً عليه ، وإذا أثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على أحد ، وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره ، لانه متمكناً من القرآن على المكره بشيء لانه أتى بضد ما أكرهه عليه .

(والخلع من جانبه يمين) أى من جانب الزوج يمين لوجود الشرط والجزاء ، واليمين لا يعمل فيه الاكراه (أو طلاق) هذا ظاهر، والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل، فكذا بالجعل (لا يعمل فيه) أى في الخلع (الاكراه) لما ذكرنا (فلو كان هو) أى الزوج (مكرها على الخلع دونها) أى دون المرأة (لزمها البدل لرضاها بالالتزام) البدل طائعة بازاء ما سلم جاء من البينونة ولا شيء على المكره للزوج ، لانه أتلف عليه ماليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به .

فان قيل إن خالعها وهي غيرملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيده ما كان على شرف السقوط أولاً . قلنا لا يخلو اما أن يكون ساق الزوج إليها المهر كله أو لا،فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق ، أما عندهما

قال وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح »، إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يلزمه الحد ، وقد ذكرناه في الحدود .

فظاهر ، لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحق كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح ، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكرهاً ، والبراءة مع الاكراه لا تصح . وإن لم يسمه رجع عندهما خلافاً له ، لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة .

(قال) أي القدوري (وإن كان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله) لان الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته ، وذلك لا يكون إلا بلذة ، وذلك دليل الطواعيه ، وبه قال زفر رحمه الله (إلا أن يكرهه السلطان) يعني لا يجب الحد حينئذ ، لان الحد للزجر ولا حاجة إليه مع الاكراه ، فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة ، فيصير ذلك شبهة في الاسقاط والانتشار الآلة فقد يكون طبعاً بالفحولة التي ركبها الله عز وجل في الرجل ، الا ترى أن النائم تنتشر آلته بلا اختيار له في ذلك ولا قصداً .

(وقالا [1] لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود) في الصورتين جميعاً ، ودليلهما ما ذكره أبو حنيفة رحمه الله في إكراه السلطان على الزنا قبل تقييد الاكراه بالسلطان من قبيل اختلاف العصر كما تقدم . وقيل من قبيل اختلاف الحكم ، ثم في كل موضع يجب الحد على المكره لا يجب لها المهر ، لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد ، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر ، لان الوطء في غير الملك لا ينتقل عن أحدهما ، فاذا سقط الحد وجب المهر إظهاراً لخطر المحل، سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك ، أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها . وأما الثاني فلان الاذن له ليس يحل الوطء ، فكان إذنها كفوءاً لكونها محجورة عن ذلك شرعاً .

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد «رح» — هامش .

وقضاء ، لانه أقر انه مبتدىء بالكفر هازل بحيث علم نفسه مخلصاً غيره ، وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً آخرغير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة . ولو صلى للصليب وسب محمداً النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر

الكفر بمنزلة إجراء كلمة الكفر طائعا فيحكم بكفره قضاء وديانة فبانت امرأته قضاء وديانة (لأنه أقر أنه مبتدىء بالكفر) يعنى منشئاً إياه (هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً) وهو أن ينوي الخبر عن الكفر في الزمان الماضي كاذباً من غير إظهار ذلك (غيره) أي غير ابتداء الكفر وانشائه . وها هنا وجه ثالث ، وهو أن يقول لم يخطر ببالي شيء ولكن كفرت بالله كفراً مستقبلا وقلبي مطمئن لم تبن منه امرأته استحساناً ذكره في المبسوط والذخيرة .

(وعلى هذا) أي على التفصيل المذكور (إذا أكره على الصلاة للصليب) أي يسجد له (وسب محمد ﷺ) أي إذا أكره على سب محمد ﷺ (ففعل) أى سجد للصليب أو سب محمد عليه السلام (وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً آخر) أى ونويت به محمداً آخر (غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء) أى بانت امرأته منه حيث الحكم لأنه لما قال نويت به الصلاة لله فقد أقر أن ما وجد منه لم يكن مكرهاً فيه ، والاكراه واقع عليه فصار بمنزلة ما إذا صلى بين يدي الصليب بدون الاكراه من أحد وقال عنيت به الصلاة لله يصدق ديانة لا قضاء ، كذا ها هنا (لا ديانة) أى لا يقع فيما بينه وبين الله .

(ولو صلى للصليب وسب محمداً عليه السلام وقد خطر) أى والحال أنه قد خطر (بباله الصلاة لله وسب محمد عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر) أشار به إلى قوله لأنه مبتدىء بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره ، وتحقيق الكلام أنه لما قال خطر ببالي أن أصلي لله وتركته ذلك وصليت للصليب فانه يكفر قضاء وديانة ، لأنه صلى للصليب

ولو أكره على الاسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل . ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكماً لا ديانة لانه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه . ولو قال أردت ماطلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة

شرط إجراء الأحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه ، فانهم يجعلون الاقرار ركناً.

(ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (وهي) أي الشبهة (دارئة للقتل) وهذا استحسان . وفي القياس يقتل لأنه بدل دينه ، وقال ﷺ من بدل دينه فاقتلوه ، وهذا نظير القياس . والاستحسان في المولود بين المسلمين إذا بلغ مرتداً يجبر على الاسلام ولا يقتل استحساناً للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء.

(ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض) هذا معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك ، يعني لو قال في جواب قولها قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض ، يعني خطر ببالي كفرت بالله أن أخبر عن أمر ماض كذباً (ولم أكن فعلت) ذلك فيما مضى (بانت منه حكماً لا ديانة) يعني تقع البينونة بينهما قضاء لا ديانة ، يعني لا تبين منه فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه ، وحكم هذا ، الطائع ما ذكرناه) هذا دليل وقوع البينونة حكماً لا ديانة لأن من أقر بالكفر طائعاً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي ، لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية .

(ولو قال أردت ما طلب مني) يعني قال خطر ببالي الاخبار عن الكفر بالماضي والكذب ، ولكن لم أرد ذلك ، بل أردت ما طلب مني ، يعني من الكفر. يعني أردت كفراً مستقبلا جواباً لكلامهم (وقد خطر ببالي) أي والحال أنه قد خطر ببالي (الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء) يعني فيما بينه وبين الله وفي قضاء القاضي ، لأن إنشاء

وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل ، فكان القول قوله . بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين ، لانه يعلو ولا يعلى . وهـــذا بيـان الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم .

صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق (وهي) أي الفرقة (بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل) فلا تقع الفرقـــة (فكان القول قوله) يعني فاذا كان كذلك يكون القول قول الزوج .

(بخلاف الاكراه على الاسلام) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال كيف قلتم أن الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبدل وقد حصل تبدل الاعتقـــاد مع الاكراه في صورة الاكراه على الاسلام ، لانه لم يعتبر كافراً كما كان بل اعتبر مسلماً لتبدل اعتقاده من الكفر إلى الاسلام . وتقرير الجواب أن حكم الارتداد بالاكراه (حيث يصير به)أي بالاكراه (مسلماً لانه) أن لان الانسان (لما احتمل) أن يكون لفظه يوافـــق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون (رجحنا الاسلام في الحالين) أي في حالة إجراء كلمة الكفر بالاكراه بالاسلام . وتحقيقه إن وجدت حقيقة الاسلام مع الاكراه فيكون مسلماً ، لان الاسلام إنما يتحقق بالتصديق بالقلب والاقرار باللسان وقد سمعنا إقراره بلسانـــه ، واللسان يعبر عما في القلب فيحكم باسلامه، يؤيده قوله عز وجـل ﴿ وله أسلم من في السموات والارض طوعاً وكرهاً ﴾ ٨٣ آل عمران ، بخلاف الردة فانهـــا تحصل بتبدل الإعتقاد ، والإكراه دليل ظاهر على عدمه .

(لأنه) أي الإسلام (يعلو) على غيره (ولا يعلى) أي ولا يعلو غيره عليه (وهذا) أي ما ذكرنا من الحكم بإسلامه مع الإكراه (بيان الحكم) في الدنيا (أما فيما بينه وبـين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم) هذا كأنه إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهذا منقول عن أبي حنيفة رحمه الله أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان

قال وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد ، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك ، فإن قالت المرأة قدبنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحساناً ، لان اللفظ غير موضوع للفرقة

(قال) أى القدورى (وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه ، لان الردة تتعلق بالاعتقاد) يعني الردة تكون بتبدل الاعتقاد (ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر ، وفي اعتقاده الكفر شك) لان الايمان ثابت باليقين والردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاده الكفر بالارتداد كرهاً (فلا تثبت البينونة بالشك) لانها تترتب على وجود الردة من غير شك ، والمترتب على ما شك فيه لا يثبت ، ويجوز أن يكون قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد دليلاً مستقلاً . وقوله وفي اعتقاد الكفر شك دليلاً آخر. وجه الاول تبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه . ووجه الثاني أن الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه أمر معين لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان ، وقيام الاكراه يصرف من صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك .

(فان قالت المرأة قد بنت منك) أى فان اختلف الزوجان فقالت المرأة اعتقدت بقلبك الكفر حيث أجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه وبنت منك (وقال هو) أى الزوج (قد أظهرت ذلك) أى الكفر بلساني خوفاً من القتل (وقلبي مطمئن بالايمان) ولم يتبدل اعتقادى (فالقول قوله استحساناً) فيبينه ، لان في القياس القول قولهما حتى يفرق بينهما ، لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق ، فيستوي فيه الطايع والمكره ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لان اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهوراً بيناً من حيث الحقيقة يكون

طائعاً ، لأنه لما خطر بباله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه بذلك ، لأن المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب ، لأن الآمر لا إطلاع له على مـــا في ضميره ، فاذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائعاً في الصلاة للصليب ، ومن صلى للصليب طائعاً فقد كفر قضاء وديانة ، وكذلك الكلام في قوله خطر ببالي أن أسب فلاناً إسمـه محمد غير النبي عليه السلام وتركت ذلك فانه يكفر أيضاً قضاء وديانـة ، لأنه شتم النبي عليه السلام في غير موضع الضرورة كفر .

واعلم أن كل واحد من هذين الحكمين يتصور على ثلاثة أوجه كما في مسألة الاكراه على إجراء كلمة الكفر ، ففي وجه يكفر قضاء لا ديانة ، وفي وجه يكفر قضاء وديانة وهـما المذكوران في المتن ، وفي وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة ، وهو أن يخطر بباله أن يصلي لله وقد صلى لله لا للصليب ، وقد شرح ذلك في الكافي للحاكم ، وشرحه فقال إن رجلاً لو قال له أهل الحرب وقد أخذوه أسيراً لتكفرن بالله أو لتقتلن ، فكفر بالله في وجـه لا يصير كافراً لا في القضاء ولا فيما بينه وبـين الله تعالى ، حتى وفي وجهه يكفر في القضاء حتى يفرق القاضي بينه وبين امرأته إن كانت له امرأة ولا يكفر فيما بينه وبـين الله عز وجل حتى وسعه إمساك امرأته فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي وجـــه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه .

أما الوجه الأول فهو ما أكره على الكفر بوعيد تلف فتكلم ولم يخطر بباله شيء على ما أكره عليه قلبه مطمئن بالايمان ، ففيه لا يكفر أصلا لا قضاء ولا ديانة ، لقوله تعـالى ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ﴾ ١٠٦ النحل .

وأما الوجه الثاني وهو أن يكفر قضاء لا ديانة فيما إذا خطر بباله الخبر بالكفر عـما مضى بالكذب ولم أرد به كفراً مستقبلا ، وإنما كفر قضاء لأنه عدل عما أكره عليه لأنه أكره على إنشاء الكفر لا على الاخبار عن الماضي والاخبار عن الانشاء ، فكان طائعاً في الاخبار . ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعاً ثم قال عنيت بـه الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ، لان الظاهر هو الصدق حالة الطواعية ، ولكن يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه .

وأما الوجه الثالث وهو أنه يكفر قضاء وديانةفيما إذا قال خطر على بالي الاخبار عن الكفر الماضي بالكذب ولم أرد ذلك بل أردت كفراً مستقبلا جواباً لكلامهم ، وذلك لانه إنشاء كفر طائعاً ، ومن أنشأ كفراً طائعاً يكفر قضاء وديانة، وانما قلنا أنه طائع لانه لماخطر بباله الاخبار بالكفر الماضي كاذباً أمكنه التخلص عما أكره عليه بالأدنى ، لأن الإخبار دون الانشاء، ألا ترى أنه لو أكره على إقرار بالعتق فأقر لا يعتق العبد ، ولو أكره على العتق فأعتق يعتق .

ولو قيل له لنقتلنك أو لتصلين لهذا الصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه ، إما أن يقول خطر على بالي أن أصلي لله وقد صليت له ولم أصل للصليب ، أو يقول خطر ببالي أن أصلي لله فلم أفعل ذلك وصليت للصليب ، أو يقول لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرهاً .

ففي الأول لا يكفر ، لأنه صلى لله لا للصليب. ولا فرق أن يكون مستقبل القبلة أو غير مستقبلها ، وبه صرح الكرخي في مختصره . وأما إذا قال خطر على بالي أن أصلي لله تعالى وتركت ذلك وصليت للصليب فإنه يكفر قضاء وديانة لأنه صلى للصليب طائعاً ، لانه لما خطر على باله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه ، لان المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب لانه اطلاع له على ما في ضميره ، فإذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائعاً في الصلاة للصليب ، ومن صلى للصليب طائعاً كفر قضاء وديانة . فأما إذا قال لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرهاً لا يكفر أصلا قضاء ولا ديانة ، لانه فعل ذلك مكرهاً وقلبه مطمئن بالايمان .

ولو أكره على شتم محمد ﷺ فشتمه فالمسألة على ثلاثة أوجه أيضاً ، إما أن يقول خطر على بالي محمد آخر رجل من النصارى فأردت بالشتم ذلك الرجل النصراني. أو يقول خطر على بالي رجل من النصارى إسمه محمد فلم أشتمه وإنما شتمت محمداً عليه السلام وأنا غير راض بذلك . أو يقول لم يخطر على بالي شيء فشتمت محمداً كما طلب مني وأنا غير راض بذلك .

وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله أعلم

ففي الوجه الأول لا يكفر لانه لم يشتم محمداً . وفي الثاني يكفر قضاء وديانة ، لانه لما خطر بباله محمداً آخر أمكنه التخلص عن الاكراه بشتم ذلك الرجل ، فلما شتم محمداً عليه السلام كان طائعاً في الشتم ، ومن شتمه طائعاً كفر قضاء وديانة . وفي الرجـــل[1] الثالث لا يكفر لانه مضطر فيما فعل ، فصار كما لو تكلم بكلمة الكفر ولم يخطر على باله شيء وقلبه مطمئن بالايمان .

(وقد قررناه) أي حكم المسائل المذكورة (زيادة على هذا) أي تقريراً زيادة ، أي زائدة على ما قررناه ها هنا (في كفاية المنتهى والله أعلم) يتعلق بقوله قررناه ، وهـــو إسم للكتاب الذي ألفه المصنف ولم يقع في هذه الديار ويذكر عنه أنه كتاب عظيم مشتمل على مسائل كثيرة ودلائل غريبة .

* * *

(١) ربما أراد وفي الوجه الثالث ، اه مصححه .

كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثـــة ، الصغر والرق والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال

(كتاب الحجر)

وجه المناسبة بين الكتابين قدم عليه أن في كل منهما سلب الاختيـــار ، إلا أن في الاكراه أقوى لكونة بمنزلة اختيار صحيح ، فلذلك قدم عليه وهو المنع لغـة من حجر عليه ، وسمي الحطيم حجراً لانه منع من الكسبة ، والعقل حجراً لمنعه صاحبه عن القبائح قال الله تعالى ﴿ قسم لذي حجر ﴾ ٥ الفجر ، أى لذي عقل ، والحرام حجر إلا أنـــه ممنوع ، قال الله تعالى ﴿ حجراً محجوراً ﴾ ٢٢ الفرقـــان ، أى حراماً محرماً ، وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص مخصوص ، وهـــو المستحق للحجر بأى سبب كان .

(قال) أى القدوري (الاسباب الموجبـة للحجر ثلاثة ، الصغر والرق والجنون) وهذا بالاجماع . وعن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى وهي المفتي الماجن ، والمطبيب الجاهـــل ، والمكارى المفلس (فلا يجوز تصرف الصغير) أى لا ينفذ تصرف الصغير الذى يعقل (إلا باذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيـــده) فاذا أذن ولي الصبي وهو والده أو وصيه نفذ تصرفه ، و كذلك إذا أذن المولى للعبد ، لان المنع لحقه ، فاذا أذن فقد رضي بذلك .

(ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال) أى في كل الاحوال ، أى لا ينعقـــد أصلا قبل الاذن وبعده ، وأراد بالمجنون المغلوب الذى يجن ولا يفيق زمانا وهو المغلوب

أمـــا الصغر فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته ، والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ، ولا يملك رقبتـــه بتعلق الدين به ، غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه ، والجنون لا يجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال . أما العبـــد فأهل في نفسه ،

على عقله ، واحترز به عن المجنون الذي يجن ويفيق ، وهو المعتوه ، فان حكمه حكم الصبي . قال الكاكي ويحترز به عن المجنون الذي يعقل البيع ويقصده .

واعلم أن أصل العقل يعرف بدلالة العيان وذلك أن يختار المرء ما يصلح له، وكذلك القصور لا يمتحن بالإمتحان ، فأما الإعتدال فأمر يتفاوت فيه البشر فإذا توفي الإنسان عن رتبة القصور أقام الشرع السبب الظاهر الدال وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً على مـا هو الأصل ، لأنه متى تعذر الوقوف على المعاني باطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها كمـا أقيم السفر مقام المشقة في جواز الترخيص .

(أما الصغر) أي الصغير العاقل ، أما الصغير الذي لا عقل له فهو كالمجنون المغلوب لا ينفذ تصرفه (فلنقصان عقله ، غير أن إذن الولي آية أهليته) أي علامة أهليته لأن أهليته مترقبة ، فإذا أذن له الولي دل على أهليته .

(والرق لرعاية حق المولى) يعني أن العبد له أهلية ، لكنه حجر عليه لرعاية حـق المولى (كيلا تتعطل منافع عبده) فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي اشتراه ، وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لهـــا عنه (ولا يملك رقبته) بالنصب عطفـــاً على قوله كيلا يتعطل ، أي وكيلا تملك رقبته (بتعلق الدين به) إذا لم يكن له كسب (غـير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه) فاذا رضي بفوات حقه بالإذن جاز تصرفه لأهليته وارتفاع المانع .

(والجنون) الغالب (لا يجامعه الأهلية ، فلا يجوز تصرفه بحال) من الأحوال لمـــا ذكرنا (أما العبد فأهل في نفسه) لكونه عاقلا بالغاً قادراً على التصرفات ، ولكن المنع لحق مولاه كما ذكرنا (والصبي يرتقب أهليته) بضم التاء على بناء المفعول ، ورفع أهليته ،

والصبي يرتقب أهليته ، فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه ، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه ، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما ، فيتحرى فيه مصلحتها فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد

أي ينتظر أهليته ، والشراء إذا كان عوضية الثبوت يعطى له حكم الثبوت ، فاذا انضم إذن المولى إليه تقرر ذلك الثبوت وهو عبارة عن النفاذ (فلهذا) أي فلاجل أن العبد أهل في نفسه والصبي يرتقب أهليته (وقع الفرق) أي بين المجنون والصبي والرقيق .

(قال) أي القدوري (ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى) أي من الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق ، وفي بعض النسخ واشترى أيضاً كما ذكر في القدوري ، لكن أكثر نسخ الهداية بدون أو اشترى . وقال الأترازي ولم يذكر في الهداية لفظها واشتراه وهو مثبت في المختصر والبداية أيضاً ، وكأن في الهداية وقع سهواً من الكاتب (وهو يعقل البيع) أي والحال أنه يعقل ، أي يعلم أن الشراء جالب للملك والبيع سالب له (ويقصده) أى يقصد البيع ، أى يقصد أحكامه ، واحترز عن الهازل ، فانه وإن كان يعقل البيع ولكن لم يقصده وأراد به العبث أو السخرية (فالولي) هو الأب أو الجد أو صيبها أو غيرهما من العصبات أو القاضي (بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه) وعن الثلاثة لا ينعقد بيع هؤلاء ولا شراؤهم أصلا ، وكذا الخلاف إذا توكل بالبيع والشراء غيرهم فباع واشترى يجوز عندنا خلافاً لهم .

(لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه ، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما) أى لأن التوقف في الصبي والمجنون لأجل النظر في حالهما (فيتحرى مصلحتها فيه) أى فيطلب الولي مصلحة الصبي والمجنون فيما عقداه (ولا بد أن يعقلا البيع) أى الصبي والمجنون أراد أن يعلماه (ليوجد ركن العقد) أى التمليك ، لأن بهذا العقد يزول ملكهما عن المبيع ويدخل في ملكهما الثمن (فينعقد) بنصب الدال عطف على قوله ليوجد

موقوفاً على الإجازة ، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة . فإن قيل التوقف عندكم في البيع ، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر . قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولي ،

(موقوفاً على الإجازة) أي ينعقد عقداً موقوفاً أي حال كونه موقوفاً على إجازة الولي (والمجنون قد يعقل البيع) كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لا بد في إجازة الولي لبيع الصغير والمجنون من أن يكونا يعقلا البيع ، والمجنون لا يعقل شيئاً ، فأجاب والمجنون قد يعقل المبيع (ويقصده) أي يقصد حكمه ، وذلك أن المراد من المجنون هذا المعتق ، وهذا الذي يختلط في كلامه فتارة يتكلم بكلام العقلاء وتارة بكلام المجانين، وأشار إلى ذلك بقوله (وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة ، وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة) عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف إلى آخره .

(فان قيل التوقف عندكم في البيع ، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر) تحرير السؤال أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشرة ، يعني من غير توقف على ما مر في بيع الفضولي ، فكيف ينعقد ها هنا موقوفا على الإجازة ، وأجاب عنه بقوله (قلنا نعم) يعني نعم أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر بلا توقف لكن (إذا وجد نفاذاً عليه) أى إذا وجد الشراء نفاذاً على المباشر (كما في شراء الفضولي) يعني إذا أطلق الشراء ، أما إذا أضاف إلى غيره فيتوقف بالإجماع .

واعلم أن شراء الفضولي على وجوه ، ذكرها في الفتاوى الصغرى وتتمته . الأول : إن أضاف الشراء إليه نصا بأن قال البائع بعت هذا من فلان ، وقال الفضولي اشتريت لفلان أو قبلت لفلان و لم يقل لفلان فانه يتوقف .

والثاني : لو قال بعت منك ، وقال الفضولي قبلت أو قال اشتريت ونوى بقلبه لفلان

وها هنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه . قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال ، لأنه لا مرد لها لوجودها حساً ومشاهدة .

ينفذ بالإتفاق على المشترى ولا يتوقف .

الثالث : إذا قال الفضولي اشتريت هذا لفلان ، وقال البائع بعت منك ذكر فيه شيخ الاسلام خواهر زاده روايتين ، والصحيح أنه لا يتوقف بلا خلاف .

الرابع : إذا قال البائع بعت منك هذا لأجل فلان ، فقال المشتري اشتريت أو قبلت ، أو قال المشتري اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت فانه لا يتوقف .

(وها هنا) أي فيما نحن فيه من حكم بيع الصبي والمجنون والعبد (لم يجد نفاذاً) أي لم يجد الشراء نفاذاً على المباشر (لعدم الأهلية) في الصبي والمجنون(أو لضرر المولى) في العبد (فوقفناه) أي العقد من هؤلاء . قال السغناقي هذا الذى ذكره إنما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء أشياء أو اشترى ، أما ها هنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال . ولكن جعل المذكور في القدورى مذكوراً ها هنا ، فأورد الاشكال ولكن موجود في بعض النسخ كما ذكرنا .

(قال وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغر والجنون والرق (توجب الحجر في الأقوال) يعني ماترد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، وأما الأقوال التي فيها نفع محض فالصبي فيها كالبائع ، وهذا يصح منه قبل الهبة والاسلام ولا يتوقف على إذن الولي ، كذلك العبدوالمعتوه ، وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق،فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد (دون الافعال) يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال (لانه) أي لان الشأن (لا مرد لها) أي للافعال حتى أن ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال ، وكذا العبد والمجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال (لوجودها) أي لوجود الافعال (حساً

بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص ، فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون .

ومشاهدة) أى من حيث الحس والمشاهدة ، فاذا حصل بها الاتلاف من قطع أو قتل أو إراقة شيء لا يمكن أن يجعل كلها إتلاف .

(بخلاف الاقوال ، لأنه اعتبارها موجودة) أى حال كونها موجودة (بالشرع) اى حاصل بالشرع وهو خبر ، لان أراد ان اعتبار اقوال هؤلاء بالمشروع والشرع لم يجعل الاقرار لهواً لهم فيما تردد من النفع والضرر معتبرة في حق النفاذ (والقصد من شرطه) اى القصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصدا لقصور العقل ، فينتفي المشروط به ، واما في العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره .

فان قيل الاقوال موجودة حساً ومشاهدة [1] شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الافعال ، فالجواب من الوجهين ، احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها ، بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل الموجود بمنزلة المعدوم ، بخلاف الافعال ، فان الموجود منها عينها فبعدها وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة . والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع هزلاً ،فلا بد من القصد ، ألا ترى ان القول في الحر العاقل البالغ إذا وجد هازلاً لايعتبر شرعا،فكذا في هذه الثلاثة، بخلاف الافعال ،فانها حيث وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها.

(إلا إن كان [2] فعلا) استثناء من قوله دون الافعال ، اى هذه المعاني الثلاثة لا توجب الحجر في الافعال إلا إذا كان ذلك الفعل فعلا (يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون) حتى لا

---

(١) في هذا الموضع كلمة غير مقروءة ورسمها — قابالها — اه مصححه .

(٢) إلا إذا كان — هامش .

قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه

يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل، اما في حق العبد فللزوم الضرر في حق المولى من غير اختياره ، فلهذا يتوقف على إجازته .

(قال) أي القدوري (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أي لا ينفذ عندنا ، ولكن ينعقد موقوفاً على إجازة الولي خلافاً للثلاثة (ولا إقرارهما لما بينا) أشار به إلى قوله والقصد من شرطه . فإن قلت لما أعاد هذه المسألة . قلت أعاد تفريعاً على الأصل المذكور أن هذه المعاني الثلاثة فوجب الحجر عن الأقوال لتساق القوليات في موضع واحد (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) أي طلاق الصبي والمجنون واعتاقهما (لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يثبت ، وإنما أخرج الترمذي في الطلاق عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه المغلوب على عقله ، وقال حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث ... والعجب العجب من صاحب الرعاية مع ادعائه التعمق في العلوم وكونه في ديار الحديث وكتبه الجمة بقول بعد قوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ، رواه الترمذي عن أبي هريرة وكيف عزوه إلى الترمذي بهذا المتن وقد بينت لك ما أخرجه الترمذي . فهل هذا لاستهتار عظيم بالألفاظ النبوية ، اللهم اجعلنا ممن ينتبه لهذا وممن ينتقد الجيد والزيف .

والاستدلال في هذا الموضع بحديث رفع القلم عن ثلاث أولى وأحسن على ما لا يخفى، لأنه روي من طرق صحاح وحسان ، وقد رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، الأول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، ولحديث طلوق امثلها ما دار ، وأبو داود من طريق ابن وهب عن جرير بن حازم عن سليمان بن مهران وهو الأعمش عن أبي طبيان حصين بن جندب عن ابن عباس ، قال مر علي بن أبي طالب رضى الله عنه بمجنونة بني فلان وقد

زنت فأمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجمها فردها علي رضي الله عنه وقال لعمر رضي الله عنه يا أمير المؤمنين أترجم هذه قال نعم،قال أما تذكر أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن المجنون المغلوب على عقله ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، قال صدقت فخلى عنها .

ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وقال الدارقطني في كتاب العلل هذا حديث يرويه أبو طبيان واختلف عنه فرواه سليمان الأعمش عنه ، واختلف عليه فرواه جرير بن حازم عن الأعمش عن أبي طيبان عن ابن عباس فرفعه إلى النبي عليه السلام عن علي وعمر رضي الله عنهما تفرد به ابن وهب عن جرير بن حازم وخالفه ابن فصد وكيع فرواه عن الأعمش عن أبي طبيان [1] عن علي وعمر موقوفا ، ولم يذكر ابن عباس كذلك رواه سعيد بن عبيدة عن أبي ظبيان موقوفا ولم يذكر ابن عباس . ورواه أبو حصين عن أبي ظبيان عن ابن عباس عن علي وعمر موقوفا ، واختلف عنه فقيل عن أبي ظبيان عن علي موقوفا قاله أبو بكر ابن عباس وشريك عن أبي حسين .

ورواه عطاء بن السائب عن أبي ظبيان عن علي وعمر رضي الله عنهما مرفوعا حديث حماد بن سلمة وأبو الأحوص وجرير بن عبد الحميد وعبد العزيز بن عبد الصمد وغيرهم . وقول وكيع وإن فضيل أشبه بالصواب. وروى أبو داود أيضا عن أبي الصخي وهو الصخي وهو مسلم بن صبيح بضم الصاد وفتح الباء الموحدة عن علي رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يكلف وهو منقطع ، قال الشيخ تقي الدين تابعه الشيخ زكى الدين المنذرى أبو الصخى لم يدرك علي بن أبي طالب . وروى أبو داود أيضا عن أبي الأحوص

---

(١) هكذا يرد في الأصل متغيراً ، وإنما هو أبو ظبيان بإعجام الظاء المفتوحة كما أثبته تهذيب التهذيب ، اهـ مصححه .

جرير كلاهما عن عطاء بن السائب عن أبي ظبيان قال أتى عمر رضى الله عنه بامرأة قد فجرت فأمر برجمها فأتى علي رضى الله عنه فأخذها فخلى سبيلها فأخبر عمر رضى الله عنه فقال ادعوا إلي علياً ، فجاء فقال يا أمير المؤمنين لقد علمت أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يبرأ ، وأن هذه معتوهة بنى فلان لعل الذى أتاها وهى في بلائها قال ، فقال عمر رضى الله عنه لا أدري فقال على رضى الله عنه وأنا لا أدري .

وأخرجه النسائى في الرجم عن عبد العزيز بن عبد الصمد عن عطاء بن السائب به ، وأخرجه أحمد في مسنده عن حماد بن سلمة عن عطاء به ، وقال في آخره فلم يرجمها قال الشيخ تقي الدين وهذه الرواية يتوقف اتصالها على أبي ظبيان لعلي وعمر رضي الله عنهما لأنه حكى الواقعة ولم يذكر أنه مشاهدها فهى محتملة لم سماع ، ولكن الدارقطنى أثبت لقاءه لهما فسئل في علله هل لقى أبو ظبيان علياً وعمر رضى الله عنهما فقال نعم قال وعلى تقدير الإتصال فعطاء بن السائب اختلط بآخره ، قال الأمام أحمد بن معين ومن سمع منه حديثاً فليس بشىء ومن سمع منه قديماً قبل ، وأيضاً فهو معلول بالوقف كما رواه النسائى من حديث أبى حصين بفتح الحاء وكسر الصاد عن أبى ظبيان عن علي رضى الله عنه وقال النسائى وأبو حصين أثبت من عطاء بن السائب .

وأخرجه ابن ماجة عن القاسم بن زيد عن علي رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن الصغير والمجنون والنائم ، قال الشيخ تقى الدين تابعاً لشيخه المنذري القاسم هذا لم يدرك علياً رضى الله عنه وكذلك في أطراف ابن عساكر وأخرجه الترمذي في الحدود والنسائى أيضاً في الرجم عن همام عن قتادة عن الحسن عن علي رضى الله عنه قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل وقال الترمذى حديث حسن غريب من هذا الوجه ، وقد روي عن علي رضى الله عنه من غير وجه ولا نعرف للحسن سماعاً من علي رضى الله عنه .

وأخرجه النسائي عن يزيد بن زريع عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله عنه قوله

ثم قال وحديث يونس أشبه بالصواب من حديث همام قال ابن عسكر في أطرافه ، قلت قد رواه سعيد عن قتادة عن الحسن أن عمر رضي الله عنه أراد أن يرجم مجنونة فقال علي رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الطفل حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل فدرأ عنها عمر رضي الله عنه الحد . وعن هشيم عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن المصاب حتى ينكشف عنه .

والثاني أبو قتادة رضي الله عنه أخرج حديثه الحاكم في المستدرك وفي الحدود عن سعيد بن أبي مروية قتادة عن عبد الله بن أبى رباح عن أبي قتادة رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يصح وعن الصبي حتى يحتلم ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

والثالث أبو هريرة رضي الله عنه أخرج حديثه البزار في مسنده حدثنا حمدان بن عمر حدثنا سعيد بن عبد الحميد حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يكبر ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وسكت عنه .

والرابع ثوبان والخامس شداد أخرج حديثهما الطبراني في مسند الشاميين ثنا عبد الرحمن بن سكم الرازي ثنا عبد المؤمن بن علي الزعفراني ثنا عبد السلام بن حرب عن برد بن سنان عن مكحول عن ابن ادريس الخولاني رضي الله عنه أخبرني غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ منهم ثوبان وشداد بن أوس عن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، والصبي حتى يكبر .

والسادس عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها أبو داود وابن ماجة والنسائي عن حماد بن أبي سلمة عن حماد وهو ابن أبي سليمان عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة أن رسول الله ﷺ

والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبـــار بلوغه حد الشهوة ، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وإن أتلف شيئاً

قال رفع القلم عن ثلاثة ... إلى آخره لفظ ثوبان وشداد ، وأخرجه الحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وقال في الامام وهو أقوى اسناداً من حديث علي رضي الله عنه. وقال صاحب التنقيح حماد بن أبي سليمان وثقه النسائي والعجل وابن معين وغيرهم ، وتكلم فيه ابن سعيد والأعمش وروى له مسلم مقرون بغـيره . قلت هو ثقة كبير جليل المقدار ، وهو شيخ أبي حنيفة رضي الله عنه .

(والإعتاق يتمحض مضرة) أراد أن الإعتاق ضرر محض ، وهذا ظـــاهر (ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال) من الأحوال ، أما في الحال (لعدم الشهوة) وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه تتوقف على العلم بتباين الاختلاف وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (ولا وقوف للولي على عدم التوافق) يعني بين الصبي وامرأته (على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أراد بهذا الاعتبـــار لا وقوف له على ذلك ، وأما في الحال فإنه يمكن أن يقف على مصلحته ، ولكن الاعتبار وقت البلوغ (فلهذا) أي فلأجل ذلك (لا يتوقفان) أي الطلاق والعتاق (على إجازته) أي إجـــازة الولي (ولا ينفذان) أي طلاق الصبي وعتاقه (بمباشرته) أي بمباشرة الولي، وفي هذا التركيب تسامح ، إذ حقه أن يقال لا ينفذان بإجازتـــه ، لأن الطلاق أو العتاق الذي باشره الصبي محال يباشره الولي ولكن يجوز أن يقال معناه لا ينفذ طلاق امرأة الصبي وعتاقه عبد الصبي مباشراً الولي الطلاق والعتـــاق (بخلاف سائر العقود) مثل البيع والشراء قبول الهبة والصدقة والهدية فإن للصبي وقوفاً على ما فيه المصلحـــة وما فيه المضرة ، وكذلك الولي .

(قال) أي القدوري (وإن أتلف شيئاً) هـــذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل

لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد، بخلاف القولي على ما بينا. قال فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه، وكل ذلك إتلاف ماله. قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع،

المذكور، أي إن أتلف الصبي والمجنون شيئاً (لزمهما ضمانه إحياء) أي لأجل الإحياء (لحق المتلف عليه) بفتح اللام (وهذا) أي وجوب الضمان (لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد) يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط، ومع ذلك يجب الضمان (بخلاف القولي) أي التصرف القولى فإنه يتوقف على القصد (على ما بيناه) أشار به إلى قوله بخلاف الأقوال، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه.

(قال) أى القدوري (فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه) حتى يؤاخذ به بعد العتق. فان قلت هذا معطوف على ماذا. قلت على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما (لقيام أهليته) أى لوجود أهليته وهو انه غير مكلف (غير نافذ في حق مولاه رعاية لجنايته، لأن نفاذه) أى لأن نفاذ إقراره في الحال (لا يعرى عن تعلق الدين برقبته) أى إذا استقر الدين في رقبته أو ساواها (أو كسبه) أى إذا كان الدين أقل من رقبته (وكل ذلك) أى تعلق الدين برقبته أو كسبه (إتلاف ماله) أى إتلاف مال المولى.

(قال) أى القدورى (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع) وهو رعاية حق المولى (ولم يلزمه في الحال لقيام المانع) وهو حق المولى (وإن أقر بحد

وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ، ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق ،

أو قصاص لزمه في الحال) وقال في شرح الأقطع وقال زفر لا يصح إقراره إذا كان محجوراً عليه ، لأنه لو صح يلزم منه إتلاف مال المولى ، فلا يصح كما لو أقر بدين ، وأشار إلى دليلنا بقوله (لأنه مبقى) أى العبد يبقى بتشديد القاف (على أصل الحرية في حق الدم) لأن الحدود والقصاص من خواص الآدمية ، لأنها من التكاليف ، والعبد في حق التكاليف مبقى على أصل الآدمية فينفذ إقراره بها (حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك) أى بالدم أو بالحد .

فان قلت فيه أيضاً بطلان حق الولي . قلت بطلان حقه ضمني ، والضمني لا يعتبر .

فان قلت قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق يقتضي أن لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص . قلت لما بقي على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرار الحر لا إقرار العبد ، ولأن قوله تعالى ﴿ بل الإنسان على نفسه بصيرة ﴾ ١٢ الواقعة ، يقتضي أن يصح ، ولا يقال إنه خص عنه الإقرار بالمال لأن النص لم يتناوله إذ إقراره ملاق حق الغير ، والنص يتناول الإقرار على نفسه .

(وينفذ طلاقه) أى طلاق العبد (لما روينا) أشار به إلى قوله عليه السلام طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه (ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق) هذا الحديث بهذه العبارة لم يثبت ، ولكن أخرج ابن ماجة في سننه في الطلاق عن ابن لهيعة عن موسى بن أيوب الغافقي عن الرمة عن ابن عباس قال أتى النبي عليه السلام رجل فقال يا رسول الله ﷺ إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي عليه السلام المنبر وقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، انما الطلاق لمن أخذ بالساق .

فان قلت ابن لهيعة ضعيف . قلت وثقه أحمد والطحاوي و كفى بهما حجة ، أخرجه

ولأنه عارف بوجـــه المصلحة فيه فكان أهلاً ، وليس فيه إبطال
ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم .

ابن عدى في الكامل عن الفضل بن مختار عن عبيد الله بن موهوب عن عصبـــة بن مالك قال جـــاء مملوك إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله ﷺ إن سيدى زوجني أمته ... الحديث .

(ولأنه) أى العبد (عارف بوجه المصلحة فيه ، فكان أهلاً) للطلاق (وليس فيه) أي في طلاق العبد زوجته (إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ) أى طلاقــه ، لأنه مختص بالانسانية فكان كالحر (والله أعلم بالصواب) .

* * *

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه

(باب الحجر للفساد)

أى لأجل الفساد . ولما فرغ عن الحجر المتفق عليه شرع في بيان الحجر المختلف فيه ، والمراد بالفساد السفه ، وهو خفة تعترى الانسان من غضب أو فرح فتحمله على العمل ، بخلاف موجب الشرع والعقد مع قيام العقل ، وقد غلب في عزف الفقهاء على تبذير المال أو اتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، يقال سفهت الريح الشجر إذا مالت به ، ومسائل هذا الباب مبنية على قول الأصحاب لا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى حجر الفساد والسفه .

(قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه) أى خفيف العقل ، وهو غير المعتوه ، فان المعتوه ناقص العقل . وفي المبسوط من عادة السفيه التبذير والإسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفاً لا الفوض أو عوض لا يعده العقلاء من أهل الديانة عرضاً مثل دفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمار الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات عند غير محمد. قال صاحب المحيط الكبير في طريقة المولى الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما في السفيه إذا بلغ محجوراً ومطلقاً . قال محمد يبلغ محجوراً ولا يحتاج إلى حجر القاضي . وقال أبو يوسف يبلغ مطلقاً ويحتاج إلى حجر القاضي، فأجمعوا على أنه يمنع عنه المال إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ، ثم اختلفوا بعد ذلك ، قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يمنع عنه ما دام السفه قائماً .

وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيـــه ولا مصلحة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » وهو قول الشافعي « رح » يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليـــه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى ، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ، ولهذا منع عنه المال . ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده .

(وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً) بتشديد الذال المعجمة ، وقوله (مفسداً) تفسيراً لقوله مبذراً (يتلف ماله في ما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالالقاء في البحر أو السواف بالنار ونحو ذلك .

(وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي « رح ») ومالك واحمد « رح » (يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله) كالبيع والشراء والاجارة ونحوهما مـــما يحتمل الفسخ ، وأما التي لا يحتمله فلا يحجر فيه كالطلاق والعتاق والاقرار بالحدود والقصاص (لأنه مبذر) أي لأن السفيه مبذر (ماله بصرفه لا على الوجــه الذي يقتضيه العقل) وكل من هو كذلك (فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي) حيث يحجر عليه (بـــل أولى ،لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه) أي وفي حق السفيه(حقيقة) أي حقيقة التبذير (ولهذا منع عنه المال) أي ولأجل وجود حقيقة التبذير فيه منع عنه، أي عن السفيه المال بالنص بقوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ ٥ النساء .

(ثم هو) أي منع المال (لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده)أن يبيع ماله بالغبن الفاحش فيؤدى ذلك إلى إتلاف ماله ، قيل هذا الذى ذكره في الدليل إنما يصح على قولهما ، وأما على قول الشافعي فلا يصح ، لأن حجر السفيه عنه بطريــق الزجر والعقوبة عليه والفائــدة تظهر فيما إذا كان السفيه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله

ولأبي حنيفة «رح» أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبذير فلا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل

كالفاسق، فعنده يحجر عليه زجراً وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما . قلت لا نسلم أن الشافعي يرى ذلك بطريق الزجر والعقوبة فقط، بل يراه بهذه الطريقة وبطريقه ما قالا أيضاً فان عنده يجوز الحجر بما جاز أو به ، وفي الفسخ أيضاً وهما لا يريانه بالفسق، فحينئذ ما ذكره من الدليل يصح على قولهما،وعلى قوله أيضاً فيما اتفق معهما فيه فافهم.

(ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى انه) أى أن السفيه (مخاطب عاقل) وفي هذا الوصف إشارة إلى أهلية التصرف، لأن التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جرياً على موجب التكليف ، والاستيفاء إنما يكون بالوصول الى الأموال وذلك بالتمليك والتملك وبالعقل يثبت أهلية التمييز والشرع جعل الرشيد بسبيل من التصرفات تمليكاً وتملكاً لهذا المعنى ، وانه موجود في حق السفيه لأنه مكلف عاقل كالرشيد (فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) .

فان قيل ينتقض هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه . قلت إنما قال إنه مخاطب وهو مطلق والمطلق يتصرف إلى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير مالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها. ولو قال لأنه مخاطب عاقل حر سقط الاعتراض .

(وهذا) أى عدم الحجر (لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم) باعتبار قوله في التصرفات (وهو) أى الحجر عليه (أشد ضرراً من التبذير فلا يحتمل الأعلى) الذى هو الحجر (لدفع الأدنى) الذى هو التبذير (حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل) وهو الذى يعالج الناس من الكتب من غير

والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه ، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ،

مراجعة على المشايخ ولا وقوف على غوامض الكليات ، ولا معرفة بطباع الأدوية ولا تشخيص الأمراض العارضة كأبناء هذا الزمان الذين يتولون وظائف الحكمة ورياستها بواسطة المال واعانة الظلمة .

(والمفتي الماجن) وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان ، لأن ضررهما عام وهو من مجن الشيء مجن مجوناً إذا صلب وغلظ ، وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء ، وليس بعربي محض ، قاله ابن دريد. والمفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل الباطلة ، مثل أن يعلم المرأة حتى ترد فتبين من زوجها ، ويعلم الرجل انه يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي أن يحرم حلالاً أو يحلل حراماً يفسد على الناس دينهم ، ولقد شاهدت بالديار المصرية طائفة قد تحلوا بحلية الفقهاء واستولوا على مناصب الأجل من العلماء بمخالطتهم الظلمه وأرباب الدولة ومشاركتهم إيام فيما هم فيه من الفساد ، وأعطوا لهم بما يطابق أعراضهم الفاسدة وبما يوافق أهواءهم الكاسدة فضلوا ، ولقد وقع سمعي على بعض الثقات أن واحداً منهم قد أفتى لملك لهم كبير بإباحة الاتيان في مماليكه مستدلاً بقوله عز وجل ﴿ أو ما ملكت ايمانكم ﴾ ٣ النساء ، وآخر قد أباح شرب الخمر مستدلاً بانها لا تقذف بالزبد وهو شرط في الحرمة .وآخر أفتى بجواز السماع والرقص وسماع الملاهي مستدلاً بلعب الحبشة في مسجد النبي عليه السلام بالحراب والدرق وبالجاريتين المغنيتين ونحو ذلك مما ذكر عنهم من الترهات والأباطيل أعاذنا الله من شر هؤلاء الذين ﴿ ضل سعيهم في الحياة الدنيا ﴾ ١٠٤ الكهف ﴿ وما لهم في الآخرة من خلاق ﴾ ٢٠٠ البقرة .

(والمكاري المفلس) لأنه يتلف أموال الناس ، فإنه إن مات حمولته في الطريق وليس له أخرى ، والمستكري لا يجد شيئاً إلا بالبيع ولا بالإجارة ، فيؤدي ذلك إلى إتلاف أموال الناس ولا سيما مكارية الحج بفسادهم ظاهرة للناس فلا يحتاج إلى البيان (جاز فيما يروى عنه) أي جاز الحجر فيما يروى عن أبي حنيفة (إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى)

ولا يصح القياس على منع المال، لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي ، لأنه عاجز عن النظر لنفسه ، وهذا قادر عليه نظراً والشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك

أي لأن الحجر على هؤلاء دفع الأعلى ، أي الضرر الأعلى وهو الضرر العام بالضرر الادنى، وهو الضرر الذي يلحق المحجور .

(ولا يصح القياس على منع المال) هذا جواب عن قولهما ، ولهذا منع منه المال ، أي لا يصح قياس جواز الحجر عليه على جواز منع المال منه (لان الحجر أبلغ منه في العقوبة) أي لان الحجر على السفيه أبلغ من منع المال عنه في العقوبة ، يعني منع المال إنما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجراً له على التبذير ، والحجر أبلغ فيه في العقوبة فلا يقاس عليه . قيل هذا يلزم على الشافعي « رح » لانه يرى الحجر عليه عقوبة ، أما عندهما الحجر عليه نظراً له . وقيل هذا على طريق بعض مشايخنا حيث قال إن بطريق العقوبة، وقيل في وجه منع هذا القياس ان منع المال شرع غير معقول المعنى إذا منع الادنى عن التصرف وهو مالك غير معقول فلا يقاس عليه . وقيل إن اليد للآدمي على المال نعمة زائدة وإطلاق اللسان في التصرفات أصل فلا يقاس إبطال أعلى النعمتين على أدناهما .

(ولا على الصبي) جواب أيضاً عن قولهما اعتباراً بالصبي أن لا يقاس السفيه بالصبي (لانه) أي لان الصبي (عاجز عن النظر لنفسه) فلذلك احتج ضرورة إلى صيرورة الغير ولياً والمولى عليه لا يلي التصرف (وهذا) أي السفيه (قادر عليه) أي على النظر لنفسه لكمال عقله (نظرا والشرع مرة بإعطاء آلة القدرة) من العقل والحرية والبلوغ وإن كان يعدل عن السنن بالعقل بهواه (والجري على خلافه) أى وجري السفيه على خلاف ذلك (لسوء اختياره) لا يعجزه ، فكان قياس قادر على عاجز فلا يصح (ومنع المال مفيد) هذا جواب عن قوله ثم هؤلاء يفيد الحجر ، يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد (لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات) دون التجارات (وذلك

يقف على اليد) أي لا يملك إلا بالقبض ، فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عـن ذلك ، وإن فعل لم يفد .

فان قلت قوله تعالى ﴿ فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾ ٢٨٢ البقرة ، يدل على الحجر ، لانه تعالى جعل السفيـه ولياً عليه ، فاذا كان عليه ولي كان مولياً عليه ، وكونه مولياً عليه دليل أنـــه محجور عليه . وروي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه اشترى داراً بأربعين ألف درهم وطلب علي من عثمان رضي الله عنهما أن يحجر عليه فشارك الزبير بن العوام ، فلمـا بلغ ذلك عثمان رضي الله عنه قال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير بن العوام، وإنما علل بهذا لان الزبير كان مجتهداً في التجارة ، فلو كان هذا عيباً كما شاركه الزبير في طلب علي ، وتعليل عثمان واحتيال عبد الله بهذه الحيلة يدل ذلك على آدميتهم أو الحجر على الحر، ولم ينقل عن غيرهم خلاف مكان إجماعاً .

وحدث أبو عبيد في غريب الحديث باسناده إلى عمر رضي عنه أنه خطب الناس فقال إلا أن الاسينع اسينع جهينه رضي من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج ، أو قال سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح قدرين به فمن له عليه دين فليقد بالغداة فلتقسم مـاله بينهم بالحصص ، فهذا دليل على أن عمر رضي الله عنه حجر عليه بسبب الافلاس وباع ماله من غير رضاه .

قلت الجواب عن الآية أن الله تعالى جوز المداينة مع السفيه كما جوزه مع المصلح ، هذا يدل على أن السفيه لا يوجب الحجر، ويقال إن السفيه ها هنا هو المجنون والصغير وعليه كثير من أهل التأويل وذلك بانعدام العقل أو نقصانه ، وكــــذا يحمل السفيه في قوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ فيسقط به الاحتجاج أيضاً في الحجر ، والمراد نهي الازواج عن دفع المال إلى النساء جعل التصرف إليهن كما كانت العرب تفعله ، ألا ترى أنه قال أموالكم وذلك يتناول المخاطبين بهذا النهي لا أموال السفهاء . وقوله تعـــالى ﴿فليملل وليه بالعدل﴾ لا يدل على أن السفيه مولى عليه لا محالة، لان بعض المفسرين قال

قال وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز ، لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ،

المراد من الولي صاحب الحق على بالعدل بين يدى من عليه الحق لئلا يزيد على ذلك شيئاً فأوتوا أو نقص الكره صاحبه ، كذا في شرح التأويلات .

وأما حديث عبد الله فان كان رأى علي رضي الله عنه هو الحجر على المنذر فقد كان رأى الزبير وعبد الله بن جعفر على خلاف ذلك ، حيث اشتغلا بإبطال الحجر فإن هذه مسألة وقع الخلاف فيها بين أصحاب رسول الله ﷺ فلا يجب النزول على قوله واحد منهم ، ويجب ترجيح قول البعض على البعض بالدليل . وحديث عمر رضي الله عنه فالغالب إن فعل ذلك برضاه فلا يكون ذلك دليل الحجر ، فلا ينفى للخصم حجة . قوله فأدان معرضاً ، يعني استدان معرضاً وهو الذي يعترض الناس ليستدين ممن أمكنه ، يقال دين به أى غلب ، يقال دين بالرجل ديناً إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه .

(قال وإذا حجر القاضي عليه) تفريع على مسألة الحجر ، أى على السفيه . وقال الأترازي ذكر هذا جواب للسؤال الذي ذكره . وفى النسخ طريقة الخلاف بأن يقال سلمنا أن تصرف المحجور قبل حجر القاضي نافذ ، ولا كلام لنا فيه ، وكلامنا فيما إذا حجر القاضي فلم قلتم أن تصرفه ينفذ بعد الحجر ، لأن قضاء القاضي إذا وقع في فصل مجتهد فيه نفذ قضاؤه بالاتفاق كما في بيع المدبر والقضاء على الغائب وقسمة الغنائم ، فينبغي أن لا يسند تصرف السفيه بعد حجر القاضي ، فأجابوا عنه بجوابين ، أحدهما ما ذكروا في مسألة القضاء على الغائب أن نفس القضاء إذا كان مجتهداً فيه لا ينفذ ، وهنا كذلك ، لأن نفس القضاء بالحجر على السفيه مجتهد فيه . والثاني أن هذا ليس بقضاء بل هو فتوى ، فكان قضاء هذا القاضي وفتوي غيره سواء (ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره) أى حجر القاضي الأول (وأطلق عنه جاز) أى عن السفيه جاز تصرفه (لأن الحجر منه) أى من القاضي (فتوى وليس بقضاء) لأن القضاء لا بد له من خصومة ، لأنه شرع لفصل الخصومات ، ولا بد للخصومة من الدعوى والإنكار ولم يوجد ذلك فلا

ألا يرى أنـــه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بـــد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ

يكون قضاء بل هو فتوى لعدم المقضي له والمقضي عليه ، وهو معنى قوله (ألا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه) فلا يكون قضاء ، لأن القضاء يثبت ما ليس بثابت ، بل هذا كان مثبتاً ما كان ثابتاً ، فانه كان محجوراً عليه قبل القضاء متى كان مبذراً لماله وهذا هو حد الفتوى .

(ولو كان قضاء) يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي كان قضاء على احتمال بعيد، وهو أن يجعل السفيه مقضياً له من حيث أن الحجر نظر له . وقال تاج الشريعة رحمه الله قلت جاز أن يكون هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال يمكن أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث أن الحجر ما ثبت إلا نظراً له ، والقضاء بالحجر يقع عليه ، فيجعل مقضياً له أيضا ، فاذا وجد المقضي له والمقضي عليه باختلاف الجهة فلا يكون قضاء ، فلا ينبغي القاضي الثاني الحكم بخلافه ، فأجاب رحمه الله بأنه لو كان قضاء (فنفس القضاء مختلف فيه) لأن عند أبي حنيفة لا يجوز القضاء بالحجر ، وعندهما يجوز فيكون نفس القضاء مختلفاً فيه ، فيكون القاضي الثاني بسبيلين تنفيذه وإبطاله لكونه ثابتاً من وجه دون وجه فلا بد من الامضاء ليرتفع نقصان اختلاف العلماء .

نظيره إذا تزوج رجل بشهادة رجل وامرأتين يجوز النكاح عندنا خلافاً للشافعي «رح»، فلو رفع هذا النكاح إلى القاضي الشافعي فقضى بصحته لا يصير مجمعاً عليه ، لأنــه قضى على خلاف رأيه ، فيكون الاختلاف في القضاء فيها فينفذ إجماعــاً . وقال الخبازي قضاء القاضي بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفــاً ولا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء .

(فلا بد من الإمضاء) بقضاء آخر (حتى لو رفع تصرفه) أي تصرف السفيه (بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ

إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك، ثم عند أبي حنيفة « رح » إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله ، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفـــذ تصرفه ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالا لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده ، ولا يجوز تصرفه فيـــه ، لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة ، وصار كالصبا . ولأبي حنيفة « رح » أن منع المال عنه بطريق التأديب

إبطاله) أي إبطال القاضي الثاني . قيل روي نفذ بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني، لأنه حكم بنفاذه (لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك) أي بعد الامضاء .

(ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد) أي حال كونه غير رشيد (لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه) لأنه لا يحجر عليه عنده (فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه) أي في ماله ، وأبداً نصب على الظرف ، والجمع بينه وبين حتى تسامح ظاهر (لأن علة المنع السفه ، فيبقى ما بقي العلة) أي يبقى المنع ما دامت العلة باقية ، لأن الله تعالى علق على دفع المال بإيناس الرشد . فقوله ﴿ فإن آنستم منهم رشدا ﴾ ٦ النساء ، فـــلا يجوز الدفع قبله إذ المعلق بالشرط معدوم قبله ، والسفه علة ، فالعبرة لقيامهـا وزوالها لا للزمان ، وبه قالت الثلاثة (وصار كالصبا) أي وصار حكم السفه كحكم الصبا، فالسفه ما دام موجوداً فحكمه موجود فحكمه حكم الصبي ولو صار شيخاً فانياً .

(ولأبي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب) يمكن أن يوجه هـذا الكلام على وجهين ، الأول أن يقول سلمنا أن علة المنع السفه ، لكن المعلول هو المنع عنه بطريـــق التأديب ، يعني من حيث التأديب ، وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب وهو ما لم ينقطع

ولا يتأدب بعد هـــذا ظاهراً وغالباً ، ألا ترى أنه قـد يصير جداً في هذا السن فلا فائدة للمنع ، فلزم الدفع ، ولأن المنع باعتبار أثر الصبا

رجاء التأديب (ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً) أى ولا يبقى التأديب بعد بلوغه خمساً وعشرين سنة لانقطاع رجاء التأديب بعد هذه المرة ظاهراً في غالب الأحوال .

(ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذا السن) هذا توضيح لعدم التأديب عند بلوغه لهذا السن وهو خمسة وعشرون سنة ، لأنه يصير جداً عند ذلك باعتبار أصل مدة البلوغ في الإنزال وهو إثني عشر سنة ، وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وأقل الطبائع من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ، ألا ترى أنه يصير جداً صحيحاً في هذا السن ، لأن أدنى ما يحتلم الإنسان في اثني عشر سنة ثم يولد له في ستة أشهر يبلغ ذلك في اثني عشر سنة ثم يولد له ولد ابن في ستة أشهر فيصير جداً صحيحاً في خمس وعشرين سنة ، ومن صار فرعه أصلا فقد تناهى في الأصلية ، فاذا لم يؤنس رشده إلى هـذه الفائتة فالظاهر انقطاع رجاء تأديبه ، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك ، وإلى هذا أشار محمد في الكتاب فقال أرأيت انه لو بلغ مبلغاً صار ولده قاضياً وله نافلة أكان يحجر على أبيه ويمنع المال منه ، هذا قبيح .

فإن قلت قد يصير الإنسان جداً في اثنين وعشرين سنة ، أي بلغ الصبي في اثني عشر فتزوج بامرأة فولدت لستة أشهر بنتاً فبلغت البنت على تسع سنين فزوجها من رجل وولدت لستة أشهر فصار جداً في اثنين وعشرين سنه ، فلم قدره بخمس وعشرين سنة. قلت الجد المطلق وهو الجد الصحيح ، والفاسد لا اعتبار به .

الوجه الثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا الملك .

(فلا فائدة للمنع) أي لمنع المال عنه (فلزم الدفع) أي فاذا كان كذلك لزم دفع المال إليه (ولأن المنع باعتبار أثر الصبا) هذا دليل آخر تقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم

وهو في أوائل البلوغ ، وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ،ولهذا قال أبو حنيفة « رح » لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المـــال عنه ، لانه ليس بأثر الصبا ،ثم لا يتأتى التفريع على قوله ، وإنمـــا التفريع على قول من يرى الحجر ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه وإن كان فيه مصلحة

يؤنس رشده باعتبار أثر الصبي (وهو) أثر الصبي ، أي وجدانه (في أوائـــل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان) وقدر ذلك بخمسة وعشرين سنة ، لأن مـدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ ، وقـــدر ذلك المبيع سنين واعتباراً بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار النبي ﷺ مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعة (فلا يبقي المنع) بعد ذلك (ولهذا) أي ولأجل أن المنـــع باعتبار أثر الصبا (قـــال أبو حنيفة « رح » لو بلغ رشيداً) أي لو بلغ الصبي حال كونه رشيداً (ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه ، لأنه ليس بأثر الصبا) بل لحقه عثرته اما الغصب أو فوج[1] . فان قلت الدفع معلق بانياً من الرشيد ، فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه إذ المعلق بالشرط لا يوجد ، قيل وجوده مـــا بقي مفسداً لماله لم يؤنس منه الرشد . قلت الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه سكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورته فرعه أصلاً ، فكان متناهياً في الأصالة (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أي التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره يقول فإذا باع لا يتعدى معه ، لا يتأتى على قول أبي حنيفة (وإنما يتأتى التفريع[2] على قول من يرى الحجر عليه ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائـــدة الحجر عليه) أي لأجـــل توفير فائدة الحجر ، أراد لاظهار فائدة الحجر عليـــه ، فيكون موقوفاً .

(وإن كان فيه مصلحة) بأن كان مثل القيمة أو كان البيع رابحاً وكان الثمن باقياً في

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) وإنما التفريع ، هامش .

أجازه الحاكم ، لان ركن التصرف قد وجد ، والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده .

يده (أجازه الحاكم) أى أجاز الحاكم ذلك البيع الموقوف ، وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً أو لم يبق الثمن في يده لم يجز ، لأن فيه ضرر به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون في يده شيء من البدل ، واستدل على الجواز بالتوقف بقوله (لأن ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز . فان قيل إنما يوجب لجواز إذا وجد ركن التصرف من أهله والسفيه ليس من أهله . أجيب بأنه أهل ، لأن الأهلية بالعقل والسفيه لا ينفيه كما تقدم .

(والتوقف للنظر له) هذا جواب عما يقال فعلام التوقف ، فأجاب بقوله للنظر له (وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى) أى يقصد باجتهاده (المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده) أى كما يتحرى الحاكم أو الولي في بيع الصبي وشرائه الذى يعقل البيع بأن يعلم أنه سالب ، والشراء بأنه جالب كما مر ، وقد اشتغل محمد « ر ح » في كتاب الحجر إلى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه وقال هو بمنزلة الصبي الذى لم يبلغ إذا باع أو اشترى ، فإن أجازه الحاكم يجوز وما لا فلا ، لان تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة ، فاذا رأى القاضي وقوعه مصلحة يجيزه ولا يرده ، بمنزلة الصبي الذى يعقل ، إلا انه يفارقه في خصال أربعة :

الاولى : لا يجوز لوصيه ولا لابيه ان يبيع عليه ماله ولا يشتري له إلا بأمر الحاكم ، وفي الذى لم يبلغ ملك ذلك وصيه أو أبوه .

والثانية : أنه إذا أعتق عبداً جاز عتقه ويسعى في قيمته ، وكذا لو دبر يصح تدبيره ، ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا ، واعتاق الذى لم يبلغ لا يصح أصلا .

والثالثة : أن وصايا الغلام الذى قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطل قياساً ، ولكنا نستحسن أن ما وافق الحق وما تقرب به إلى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق

ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف « رح » ، لانه لا بد من حجر القاضي عنده ، لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي ، وعند محمد « رح » لا يجوز لانه يبلغ محجوراً عنده إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا ، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً . وإن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما ،

جائز كما يجوز وصيه غيره وما يكون سفيهاً لا يجوز . وأمـــا وصايا الغلام الذى لم يبلغ لا تجوز أصلا .

والرابعة : إذا جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه وكانت الجارية أم ولد له ، فإن ماتت كانت حرة،بخلاف الغلام الذى لم يبلغ ، كذ ذكر في شرح الكافي .

وذكر خواهر زاده في مبسوطه من جملة الخصال الأربعة النكاح والطلاق ، فقال لا يجوز طلاق الصبي العاقل ، ويجوز طلاق السفيه ، وكذا يجوز نكاح السفيه ولا يجـــوز نكاح الصبي العاقل ، ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي يفترق فيها السفيه والصبي ستة .

(ولو باع) أي السفيه (قبل[1] الحجر) أي قبـــل حجر القـــاضي ، وفي بعض النسخ كذلك (جاز عند أبي يوسف « رح ») وبه قال الشافعي وأحمد (لأنه لا بـــد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائر بين الضرر) وهو إهدار آدمته (والنظر) أى في إيقاع البيع على ملكه كما كان (والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي) ليترجح أحـــد الجانبين على الآخر .

(وعند محمد لا يجوز) وبه قال مالك (لأنه يبلغ محجوراً عنده، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف إذا بلـــغ رشيداً ثم صار سفيهاً) وعند أبي يوسف لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي ، وعندمحمد يصير محجوراً لمجرد السفه (وإن أعتق عبداً) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) أي

---

(١) قبل حجر القاضي — هامش .

وعند الشافعي « رح » لا ينفذ . والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا ، لان السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لأتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه .

عند أبي يوسف ومحمد « رح » وهو قول أبي حنيفة « رح » أيضاً ولم يحضر قولهما بالذكر احترازاً عن قوله لأن عند أبي حنيفة « رح » الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه تأثير للحجر عنده ،بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيه الحجر كالبيع والشراء والإقرار بالمال .

وعن قول الشافعي حيث قال (وعند الشافعي لا ينفذ) وبه قال أحمد رحمه الله ، وهو قياس قول مالك ، لأن تصرفات المحجور عليه غير نافذة (والأصل عندهما)أي الأصل في هذا الباب عند أبي يوسف ومحمد « رح » (أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ، وما لا فلا) أي وما لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه الحجر (لأن السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء) أي لا على الطريق الواضح وهو بفتح النون وسكون الهاء ، وأما النهج بتحريك الهاء فهو البحر ، وهو تتابع النفس ، وهو من باب علم يعلم (لأتباع الهوى ومكابرة العقل) أي لأجل تتابعه هوى النفس وتعالية العقل ، لأنه يقصد اللعب دون ما وضع له الكلام (لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه) يعني لا يخرج الهازل كلامه على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل .

(والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) أي من السفيه ، وفيه بحث من أوجه ، الاول : أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي ، وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذ ، فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل ، لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه .

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه. وإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته، لان الحجر لمعنى النظر ، وذلك في رد

والثاني : أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية ، والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه .

والثالث : أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل،والصحيح فيه أن يقال ولقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا النقصان في العقل .

والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لان في تنفيذهما إضاعة المقصود عن الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله با ليمين والحنث والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما .

(والاصل عنده) أي عند الشافعي (أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً لإلزام العقوبة باللسان با كتساب سببها ، كما أن الرق كذلك (حتى لا ينفذ بعده) أي بعد الحجر (شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق ، فكذلك من السفيه) قلنا ليس السفه كالرق ، لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، حتى أن يصرف فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص ، وهذا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، فيكون نافذاً .

(وإذا صح) أي عتق السفيه (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (كان على العبد أن يسعى في قيمته ، لان الحجر لمعنى النظر ، وذلك) أي النظر (في رد

العتق إلا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ، وعن محمد « رح » انه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق . ولو دبر عبده جاز لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته ، إلا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً ، لأنه باق على ملكه .

العتق) أي إبطاله (إلا انه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة) أي رد العتق برد العبد قيمته إليه بالاستسعاء (كما في الحجر على المريض) يعني لو أعتق عبداً في مرضه تجب السعاية في كل قيمته للغرماء أو ثلثي قيمته للورثة ، إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لتعذر رد العتق ، فكان رده بوجوب السعاية لحق آخر ما أدى الورثة .

(وعن محمد « رح » أنه لا يجب السعاية) أي أن الشأن لا يجب السعاية على العبد جعل في المبسوط هذه الرواية عنه اخر قول أبي يوسف، وأما قوله الاول كقول محمد في وجوب السعاية (لانه لو وجبت) أي لان السعاية وتذكير الضمير باعتبار السعي (إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق) كما في اعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت . ولو ظاهر عن امرأته وصام أجزأه لانه بمنزلة الغائب عن ماله . ولو أعتق عبداً عن ظهاره سعى الغلام في جميع قيمته ثم لا يجزئه عن ظهاره ، لانه يكون اعتاقاً بعض ، فإن صام أحد الشهرين ثم صار مصلحاً لم يجزه إلا العتق بمنزلة معسر السير ، كذا في شرح الكافي .

(ولو دبر) أي السفيه (عبده جاز ، لانه يوجب حق العتق) أي لان التدبير دل عليه قوله دبر (فيعتبر بحقيقته) أي بحقيقة العتق ، لانه لما ملكه إنشاء حقيقة العتق ، فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً لانه باق على ملكه) فلا يمكن إيجاب السعاية ، لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً، ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب المال ، بخلاف ما لو كاتبه أو أعتقه على مال حيث يصح ، لانه لم يبق على ملكه حقيقة أو يداً ، أشار إليه في المبسوط .

وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير . ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه ، وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله ، فألحق بالمصلح في حقه وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها . وإن مات

(وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً ، لانه عتق بموته وهو مدبر، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير) أي كما إذا أعتقه في حياته بعد أن دبره تحت السعاية، فكذا هنا . ألا ترى أن مصلحاً لو دبر عبد في صحته ثم مات وعليه دين مستغرق تجب السعاية عليه في قيمته مدبراً لغرمائه ، فكذا ها هنا ، قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قناً ، لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة قناً فوجب السعاية قناً ، كما لو أعتقه. أجيب بأن الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله إلا أنه جعل ها هنا سبباً قبله ضرورة ، فلا تظهر مبينة في إيجاب السعاية عليه قناً ، وإنما يظهر في حق المنع وتعلق العتق بموته ، لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها . قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته ، لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك . وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ، ألا ترى، أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير .

(ولو جاءت جاريته) أي جارية الذي بلغ غير رشيد (بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله) لأن لإبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته (فألحق بالمصلح في حقه) أي في حق الاستيلاد نظراً له ، ولا يعلم فيه خلافاً للثلاثة .

(وإن لم يكن معها) أي مع الجارية (ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها) لأن دعوته كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها (وإن مات) أي

سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لهـــا شهادة الولد بخلاف الفصل الأول ، لأن الولد شاهد لها ، ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريتـــه فهو على هذا التفصيل . قال وإن تزوج امرأة جاز نكاحها لأنـه لا يؤثر فيـه الهزل ، ولأنه من حوائجه الأصلية وإن سمى لهـــا مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها ، لأنـه من ضرورات النكاح وبطل الفضل ، لأنه لا ضرورة فيـــه وهو التزام بالتسمية

السفيه بعد هذه الدعوة (سعت) أي الجارية (في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحريـة) أي لأن إقراره بأمومية الولد بدون الولد كالإقرار بالحرية (إذ ليس لها شهـــادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته .

(بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا كان معها ولد (لأن الولد شاهد لها) في إبطـال حق الغير ، فكذا في حكم دفع الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض) أي نظير حكم هذه المسألة بالوجهين نظير ما (إذا ادعى المريض ولد جاريته فهو على هذا التفصيل) وهـــو الفرق بالذي ذكره بين الدعوة بالولد والدعوة بدون الولد ، فان كان معهـا ولد لا تسعى بعد موته ، وإن لم يكن تسعى لحاجته إلى بقاء نسله فيكون مقدماً على حق الغرماء .

(قال) أي القدوري (وإذا تزوج امرأة جاز نكاحها) ولفظ المبسوطين جـــاز نكاحه ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك وأبو الخطاب الحنبلي لا يجوز بغير إذن الولي ، لأنه عقد معاوضة كالشراء ، فلا يجوز بدون وليه (لأنه لا يؤثر فيه الهزل) لأن النكاح لا يؤثر فيه الهزل ، لأن الهزل فيه جد (ولأنه من حوائجه الأصلية ، وإن سمى لها مهراً جاز منه) أي من المهر (مقدارمهرمثلهالأنه) أي لأن مقدار مهر المثل (منضرورات النكاح وبطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه) أي في الفضل على مقدار مهر المثل (وهـــو التزام بالتسمية في العقد) أي ما فضل وزاد على مقدار مهر المثل التزام بالتسمية في العقد

ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت. ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله ، لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل ، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة لما بينا . قال ويخرج الزكاة من مال السفيه لأنها واجبة عليه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي أرحامه ، لأن إحياء ولده وزوجته

(ولا نظر له فيه) أي ولا نظر للسفيه فيما فصل عليه (فلم تصح الزيادة) أي إذا لم يكن فيه نظر فلم تصح تلك الزيادة على مقدار مهر المثل (فصار) أي حكم هذا (كالمريض مرض الموت) يعني من لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة فيما إذا تزوج المريض بأكثر من مهر مثلها ، إلا أن الزيادة في المريض يعتبر من الثلث ، وها هنا غير معتبر أصلاً .

(ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) أي نصف مقدار مهر المثل (لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل) وإنما الباطل تسمية ما زاد على مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة)هذا عطف على قوله وإذا تزوج امرأة جاز نكاحها، أي إذا تزوج بأربع نسوة في عقد واحد ، كذلك يعتبر مهر المثل وتبطل الزيادة (أو كل يوم واحدة) أي أو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مراراً فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة بهذا يحتج أبو حنيفة على أن لا فائدة في الحجر عليه ، لأنه لا يفسد عليه باب إتلاف المال عليه ، فان يتلف ماله بهذا الطريق إذا عجز عن إتلافه بطريق البيع والهبة (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن من ضرورات النكاح ... إلى آخره .

(قال) أي القدوري (ويخرج الزكاة من مال السفيه لأنها) أي لأن إخراج الزكاة (واجبة عليه) لأنه كامل العقل مخاطب بحقوق الله تعالى ، فلا تبطل السفه (وينفق على أولاده وزوجته ، وعلى من تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه ، لأن احياء ولده وزوجته

من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ، إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة ، ولكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه ، وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها لأنها ليست بعبادة فلا يحتاج إلى نيته ،

من حوائجه والاتفاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقرابته ، والسفه لا يبطل حقوق الناس) الأصل فيه أن كل ما وجب عليه بإيجاب الله كالزكاة وحجة الإسلام أو كان حقاً للناس فهو والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة وحجة الإسلام ، أو كان حقاً للناس فهو والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب (إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته لكونهاعبادة) والعبادة لا تتأدى إلا بالنية (لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه) لأنه لا يهتدي الى طرق الرشاد لسفهه (وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها) وفي بعض النسخ يدفعها الى أمينها ، أي أمين المرأة وعلى الأول الى أمين القاضي ليصرفه ، أي ليصرف المال المخروج للنفقة الى مستحقه (لأنه) أي لأن صرف النفقة (ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته) .

وفي المبسوط فرق بين نفقة الوالدين من نفقة غيرهما فقال ينبغي للقاضي أن لا يأخذ بقول السفيه في دفع المال الى ذوي الأرحام النفقة حتى يقيم القريب بينة على القرابة والعسرة ، لان إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالذي على نفسه فلا يلزم شيئاً إلا في الولد ، فان الزوجين اذا تصادقا على النصب قبل قولهما ، لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب ، والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه ، لكن لا بد من اثبات عسرة المقولة ، وكذا يصح اقراره بالزوجية ويجب مهر مثلها والنفقة .

(وهذا) أي ما ذكرنا مما أوجبه الله وما كان من حقوق الناس قيل ان هذا الذي ذكره القدوري ممن اخرج الزكاة من مال السفيه والانفاق منه على أولاده وزوجته

وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هـــذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله . قال فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليـــه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ، ويسلمها إلى ثقـــة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه .

(بخلاف ما اذا حلف) بالله (أو نذر) نذراً من هدي أو صدقة (أو ظاهر) من امرأته (حيث لا يلزمه المال) فلا ينفذ للقاضي شيئاً من ذلك ولم يدعه يكفر أيمانه بالمال (بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم) بصوم لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات ، وعلى كل ظهـار شهرين متتابعين وان كان مالكاً للمال حال التكفير (لانه مما يجب بفعله) أى لان كل واحد منها يجب بفعله إذ السبب التزامه (فلو فتحنا هذا الباب) أى لزوم المال في هذه الاشياء (يبذر أمواله بهذا الطريق) حيث يحلف كل يوم مراراً ويحنث، أو ينذر نذوراً أو يظاهر مراراً ، وفيه تضييع فائدة الحجر .

فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانه يصح مع القدرة عليها. أجيب بأن الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر لا توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم مع السعاية لا يقع العتق من الظهار .

(ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله) كالزكاة وحجة الإسلام ونحوهما، لانه مخاطب، وبسبب الفساد لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه .

(قال) أى القدوري (فان أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) أى من الحجـة وليس فيه خلاف (لانه) وفي بعض النسخ لانها ، أى لان حجـة الاسلام ، وعلى الاول ، أى لان الحج (واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعـه ولا يسلم القاضي النفقة إليـه ويسلمها الى الثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه .

ولو أراد عمرة واحـــدة لم يمنـع منهـا استحسانـاً لاختلاف العلماء في وجوبها ، بخلاف مـــا زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران،لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما، ولا يمنع أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منهـــا استحساناً) وفي القياس يمنع ، لان التمر[1] عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً بعد حجة الاسلام ، وأشار إلى وجـــه الاستحسان بقوله (لاختلاف العلماء في وجوبها) فانها عند الشافعي فرض ، والأخبـار متعارضة فيها ، والظاهر قوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ،فلهذا أخذ بالاحتياط في أمر الدين وهو من جملة النظر ، فان جنى جنايـة فان كانت مما يجزىء فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا ، وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصلح .

(بخلاف ما زاد على مره واحدة من الحج) يعني يمنع من ذلك (ولا يمنع من القران ، لأنه يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما) أي من الحج والعمرة (فلا يمنع من الجمـع بينهما ، ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف) فالخلاف في غير البدنة ، لا في السوق (إذ عند عبد الله بن عمر لا يجزئه غيرها) أي غير البدنـــة ، وعندنا يلزم القارن هدي وتجزئه الشاة ، ولكن البدنة أفضل أخذاً بالاحتياط في أمر الدين، ويكون فعله أقرب الى فعل النبي ﷺ فلا يمنع عن سوق البدنة .

قوله اذ عند ابن عمر لا يجزئه غيرها لم يثبت بهذا النص ، وإنما الذي روى عنه أنه لا يرى البدنه الا من الإبل والبقر على ما روى الطبراني في مسند الشاميين ثنا أبو زرعـة ثنا أبو اليمان الحكم بن نافع أخبرني شعيب عن الزهري أخبرني ما لم عبد الله أن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول لا أعلم الهدي الا من الإبل والبقر ، وكان عبدالله بن عمر

---

(١) هكذا في الاصل – التمر – وربما أراد بهـا العمرة كما هو معروف من مذهب الأحناف ، اه مصححه .

وهي جزور أو بقرة، فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه[1] ، لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثواباً ،

لا ينحر في الحج الا الإبل والبقر ، فان لم يجد لم يذبح لذلك شيئاً . وروى مالك في الموطأ في الحج أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر كان يقول ما استيسر من الهدي بدنة أو بقرة .

(وهي) أي البدنة (جزور) بفتح الجيم وهي من الإبل يقع على الذكر والانثى والجمع جزور ، وقيل الجزور الناقة التي تنحر والجمع جزائر ، ولا يقال للجمل جزور إذا أفرد ، والجزور اثنو لا غير ، لأنه أكثر ما ينحرون النوق (أو بقرة) وهي تقع على الذكر والأنثى ، وإنما دخلته اليها على انه واحد من الجنس والجمع بقرات، والباقر والبقير والبقور ، وأما البقر فهو اسم جنس .

(فان مرض وأوصى بوصايا في القرب) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة ، وهي ما يتقرب به إلى الله بواسطة كبناء المساجد والسقاية والرباط ونحو ذلك ، وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً ما تكون في المرض ، فان السفيه الصحيح اذا وصى توصية فحكمها كحكم المريض (وأبواب الخير) عطف على القرب من قبيل عطف العام على الخاص ، لأن أبواب الخير أعم من القرب لان القربة تكون بواسطة كما ذكرنا ، وأبواب الخير أعم منها ، وهذا كالكفالة مع الضمان ، فان الكفالة خاص والضمان عام ، فافهم (جاز ذلك في ثلثه) استحساناً ، والقياس بينهما كما لو تبرع في خيانة ولكن استحسنوا فيما اذا وفق الحق ما يتقرب به الى الله أن يكون من الثلث (لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء) حسناً بعد موته اذا كان للغني (أو ثواباً) أي أو تخلف ثواباً اذا كان للفقير .

فان قلت في الغني أيضاً ثواب ، لانه ايصال خير وإحسان الى أخيه المؤمن ولا سيما

---

(١) ثلث ماله — هامش .

وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى . قال ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارىء سواء . وقال الشافعي « رح » يحجر عليه زجراً وله عقوبة عليه كما في السفيه ، ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده . ولنا قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ ... الآية ٦ النساء ،

اذا قصد به أن يتوسع في النفقة على عياله ، وفي الفقير أيضاً ثناء حسن فكان ينبغي أن يقول ثناء وثواباً بدون أو . قلت هذا باعتبار الغالب بحسب الظاهر حيث يكون الثناء غالباً من الغني وحصول الثوب فيه ضمني كحصول الثناء في الفقير .

(وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) منها ما ذكره عنه أن الذي بلغ سفيهاً والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع ، أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير ليشتري له مالاً ويبيع ، ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بأمر الحاكم . والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل . والثالث : أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا اعتاقه . والرابع : أن الذي لم يبلغ اذا دبر عبداً لا يصح تدبيره ، وهذا السفيه إذا دبر عبده صح تدبيره ، انتهى . وهكذا ذكره في المبسوط والمغني .

(قال) أي قال القدوري (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الأصلي والطارىء سواء) يقال طرأ علينا فلان من بعيد فجاءه ، والطارىء خلاف الأصلي ، والصواب طارىء بالهمزة (وقال الشافعي « رح » يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في السفيه ، ولهذا) أي ولوجوب الحجر عليه زجراً وعقوبة (لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده) أي عند الشافعي .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾) أي تهدياً إلى الطريق المستقيم (.. الآية ٦ النساء) بالنصب ، أي اقرأ الآية . ويجوز الرفع ، أي

وقد آنسوا نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه ، فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقـــدم ، ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي « رح » بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصير عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

الآية بتمامها فيكون مرفوعاً بالابتداء والخبر محذوف ، ثم أشار إلى وجه الاستدلال بالآية بقوله (وقد أونس نوع رشد) لأنه مصلح في ماله وإن لم يكن مصلحاً في دينه (فيتناوله النكرة المطلقة) أي يتناول نوع الرشد النكرة المطلقة ، وهـو قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً ﴾ فإنه ذكر الرشد نكرة والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم ، فيراد به رشداً واحداً وهو الصلاح في المال ، وهو المراد فلا يكون الرشد في الدين مراداً لأنـــه حينئذ يكون معلقاً برشدين فلا يجوز ذلك لعدم الدليل على العموم . عن ابن عباس المراد بالرشد الصلاح في المال . وعن مجاهد في الفعل . وفي شرح الطحاوي المراد بالرشد الصلاح في المال ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم . (ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) أي في أول كتاب النكاح .

(ويحجر القاضي عندهما أيضاً) هذه المسألة مبتدأة ، أي يحجر القاضي أيضاً عند أبي يوسف ومحمد (وهو قول الشافعي بسبب الغفلة) وعند مالك وأحمـد لا يحجر بسبب الغفلة لبلوغه وعقله ورشده (وهو) أي سبب الغفلة (أن يغبن في التجـارات ولا يصير عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ ، فانه ما حجر على حبان بن منقذ ، وكان يغبن في التجارات ، بل قال له قال لاخلابة ولي الخيار ثلاثة أيام. وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿ ولا تؤتـــوا السفهاء أموالكم ﴾ ٥٢ النساء ، لما أنه يتلف الأموال كالسفيه ، فلا يعارضه خبر الواحد ، كذا ذكره تاج الشريعة .

قيل هذا مردود ، لأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه . قلت فيه نظر ، لأن ابن

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والإنزال إذا وطيء

اسحاق قال فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان ، قال كان جدي حبان بن سعد بن عمرو وكان قد أصيب في رأسه امه فكسرت أسنانه ونقص عقله ، وكان يغبن في البيع... الحديث ، فهذا يدل على انه كان فيه تعقل ، لأنه لا يكون من نقصان العقل ففيه نوع حجر ، لأنه أطلق له البيوع كلها بالخيار ، فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم .

(فصل في حد البلوغ)

أي هذا فصل في بيان معرفة حد البلوغ . وإنما ذكر أن الصغر من أسباب الحجر لا بد من بيان انتهائه ، وهذا الفصل لبيان ذلك ، وحد البلوغ صيرورة الإنسان بحال لو جامع ينزل ، وذلك مما يعرف في الرجل والمرأة بقولهما نحو أن يقول انزلت أو احتلمت أو حبلت وما يجري مجراه ، لأنه أمر يوقف عليه من جهتهما ، فيقبل فيه قولهما كقول المرأة في الحيض .

(قال) أي القدوري (بلوغ الغلام بالاحتلام) البلوغ في اللغة الوصول، وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر والاحتلام من الحلم بالضم وهو ما يراه النائم ثم يقال حلم واحتلم فبلوغ الغلام يكون بالاحتلام (والاحبال والانزال إذا وطيء) والأصل هو الإنزال ، قال الله تعالى ﴿ وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم ﴾ ٥٩ النور ، وهذا بالاجماع بلا خلاف ، وكذلك بلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل بالاجماع ، وأما الانبات فهو نبت الشعر حول الذكر أو فرج المرأة بحيث يستحق أخذه بموسى،علامة البلوغ عند أحمد العانةولا اعتبار له في قولنا ، وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار له بالاتفاق إلا في قول من الشافعي .

وفي الغاية وقال أصحابنا أن انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافاً للشافعي . وقال في شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه اعتبر نبات العانة ، وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ فيه في ظاهر الرواية . وقال بعضهم يحكم به . وفي

فإن لم يوجد ذلك فمتى يتم ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة « رح » ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة،وهذا عند أبي حنيفة « رح » وقـالا إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول الشافعي . وعنه في الغلام تسع عشرة سنـة . وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة

الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي انه كان يعتبر القامة ويقدر بخمسة أشبار ، وبه أخذ الفرزدق في قوله :

ما زال مذ عقدت يداه إزاره وسمى فادرك خمسة الاشبـار

(فان لم يوجد ذلك) أي واحد من الأشياء المذكورة (فحتى يتم له ثماني عشرة سنـة عند أبي حنيفة) . بفتح العددين للتركيب وحذف التاء من ثمانية واثباتها في عشرة وتكسر الشين في عشرة وقد تسكن ، وكذلك الغلام في سبع عشرة .

(وبلوغ الجارية بالحيض والإحتلام والحبل وإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ، وهـو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي) وأحمد أيضاً وعليه الفتوى. وقال داود لا حد للبلوغ من السن لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر ، وهذا قول مالك . وقال أصحاب مالك سبع عشرة أو ثماني عشرة كقول أبي حنيفة « رح » .

(وعنه) أي عن أبي حنيفـة (في الغلام تسع عشرة ، وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة سنة) أي أن يدخل ، يقال طعن في السن يطعن بالضم طعناً من باب نصر ينصر ، وكذا طعنه بالرمح من هذا الباب ، وكذا طعن فيه بالقول . وأما طعن في المفازة إذا ذهب، فمستقبله يطعن بالضم ويطعن بالفتح أيضاً قـوله في التاسع عشرة، وكان القياس يقتضي أن يقال في التاسعة عشرة لأن المعنى في السنة التاسعة عشر

فلا اختلاف . وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أمـــا العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون

إلا إذا أريد بها العدد من السنين ، فحينئذ يجوز أن يقال في التاسع عشرة (فلا اختلاف) أي إذا كان هذا رواية عن أبي حنيفة فلا اختلاف بين الروايتين .

(وقيل فيه اختلاف الرواية ، لانه ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ المبسوط **(حتى يستكمل تسع عشرة سنة) قلت له أن يستكمل، وهذا يدل على اختلاف الرواية**. وقال الحـــاكم في الكافي لا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم أو يبلغ ، أو في ما يكون من وقت الاحتلام وذلك عند تسع عشرة سنة ، فإذا بلغ ذلك الوقت ولم يحتلم فهو بمنزلة الرجـل وقال أبو الفضل ذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة من رواية أبي سليمان في موضعين فقال في أحدهما بلوغ الغلام أن يكمل له تسع عشرة سنة وبلوغ الجارية أن يكمل لها سبـع عشرة سنة . وقال في موضع آخر أن يطعن في التاسع عشرة وقطعت الجارية في السابـع عشرة، وهذا هو المشهور في قوله . ووجدت القول على هـــذا متفقاً في كتاب الوكالة في رواية أبي حفص . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » وفيه في الغلام والجارية خمس عشرة سنة فإذا تمت جاز طلاقه وإن لم يحتلم ، انتهى لفظه .

وذكر الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار في كتاب السير وكان محمد بن الحسن يذهب في الغلام إلى قول أبي يوسف رحمه الله وفي الجارية إلى قول أبى حنيفة رضي الله عنـــه. وقال القدوري رحمه الله في باب من أحق بالامانه في شرح مختصر الكرخي . وروي عن محمد رحمه الله أنه قال في الرقة في الغلام خمس عشرة ، وفي الجاريـة سبع عشرة . وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي الجاريـــه والغلام يتقدر بخمس عشرة سنة .

(أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة) لأنه هو الأصل كما ذكرنا **(والحبل والاحبال لا يكون**

إلا مع الإنزال ، وكذا الحيض في أوان الحبل ، فجعل كل ذلك علامة البلوغ . وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين ، وأما السن فلهم العادة الفاشية في أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة ،

إلا مع الانزال، وكذا الحيض في أوان الحيض،فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك) أي للبلوغ (في حق الغلام اثنتي عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) وهذا لا يعرف إلا سماعاً أو تتبعاً . وقال تاج الشريعة لما روي عن عائشة رضي الله عنها بلغت على رأس تسع سنين ، وروي أن النبي عليه السلام بنى بها حين صار لها تسع سنين ، ومعلوم أن البناء من رسول الله ﷺ لا يكون إلا للتوالد والتناسل ، ولا يتحققان إلا بعد البلوغ ، فعلم بذلك بلوغها ، انتهى . قلت تزوج النبي عليه السلام عائشة رضي الله عنها وعمرها ست سنين ثابتاً في الصحاح وغيرها .

(وأما السن) عطف على قوله أما العلامة (فلهم) أي فلابي يوسف ومحمد والشافعي « رح » (العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما) أي العادة الظاهرة الغالبة أن البلوغ لا يتأخر في الغلام والجارية (عن هذه المدة) أي خمس عشرة سنة ،ولانه روي أن ابن عمر رضي الله عنه قال عرضت على النبي عليه السلام يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عليه السلام يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورآني أني بلغت . وعن أنس رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه ، وأقيمت عليه الحدود .

قلت حديث ابن عمر رضي الله عنه في الصحاح ، ولكن لا يدل على مدعاهم ، لان الاجازة للقتال حكمها منوط بإطاقته والقدرة عليه وان إجازته عليه السلام فى الخمس عشرة لانه رآه مطيقاً للقتال ولم يكن مطيقاً له قبل ذلك لا لانه الحكم على البلوغ وعدمه ، ويدل عليه ماروي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الانصار فيلحق من أدرك منهم ،فعرضت على ما لحق فرآني غلاما ورد ني فقلت

وله قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ ١٥٢ الأنعام، وأشد الصبي ثماني عشر سنة، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه

يا رسول الله ﷺ لقد ألحقته ورددتني، ولو صارعته لصرعته، قال فصارعته فصرعته فألحقني، قال الحاكم صحيح الاسناد، وفي الاستيعاب لابن عبد البر عن الواقدي أنه عليه السلام استصغر عمير بن أبي وقاص وأراد رده وبكى ثم أجازه بعد فقتل عمير وهو ابن ست عشرة سنة. ومعنى قوله ورآني أني بلغت أي في القوة حد القتال. وأما حديث ابن أنس فلم يثبت فسقط الاحتجاج به.

(وله) أي لابي حنيفة (قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ ٣٤ الاسراء) أي قوته، وقيل هو جمع شدة كالنعم جمع نعمة، وقيل لا واحد لها (وأشد الصبي ثماني عشر سنة، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه) هذا غريب، والذي روي عن ابن عباس رضي الله عنه ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ نهاية قوة الشباب واستتبابه وهو ما بين ثمانية عشر سنة إلى أربعين. وروى الطبراني في معجمه الأوسط ثنا محمد بن بشر ثنا صفوان بن سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ ١٥ الأحقاف قال ثلاثة وثلاثون سنة، وهو الذي رفع عليه عيسى بن مريم عليه السلام. وروى ابن مردويه في تفسيره عن عبد الله عن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن ابن عباس في قوله ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ قال بضعاً وثلاثين سنة (وتابعه القتبي) أي تابع ابن . .

. . . .

. . . . . [وجد هذا البياض في نسخة المؤلف [1]] . . . . .

(وهذا أقل ما قيل فيه) أي قول ابن عباس أقل ما قيل في تفسير الاشد، قال بعض السلف قال أقله اثنان وعشرون سنة، وقيل ثماني عشر سنة، وقيل عشرون، وقيل ثلاث وثلاثون. وقيل أربعون، وقيل أقصاه ثنتان وستون وثماني عشر أقل ما قيل

---

(1) البياض سطرين في النسخة التي بين أيدينا، اه مصححه.

فبنى الحكم عليه للتيقن بـــه ، غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة . قـــال وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين ، لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً ، فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه

فيه (فبنى الحكم عليه للتيقن به) أي على الأقل للتيقن بالأقل (غير أن الإناث) كأنـــه جواب عما يقال إذا كان المتيقن هو ثماني عشرة سنة فلم نقصت سنة في الجارية فهلا كان أمرها كأمر الغلام . فأجاب عنه أن الإناث (نشوءهـــن) أي انتشاؤهن وبلوغهن (وإدراكهن أسرع) من إدراك الذكور (فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالهـــا على الفصول الأربعة) وهي الربيع والصيف والخريف الشتاء (التي يوافق واحد منها) أي من الفصول الأربعة (المزاج) أي الطبيعة ، فيتقوى المزاج بذلك (لا محالة) أي لا حيلة ، ويجوز أن يكون في الحولي وهو القوة والحركة ، وهي بفعله منها وأكثر ما يستعمل لا محـــالة بمعنى الحقيقة واليقين ، أو بمعنى لا بد وزائدة وهو مبني على الفتح ، كذا في لا رجل ولا بـــد فافهم .

(قال) أي القدوري (وإذا راهق الغلام أو الجارية) يقال رهقه ، أي دانى منه ، وصبي مراهق أي دان للحلم،واستشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك منـــه (الحلم) بضم الحاء أي الاحتلام (واشكل أمره في البلوغ ، فقال قد بلغت فالقول قوله) قيل إنـــما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنـــة أو أكثر ، ولا يقبل فيما دون ذلك ، لأن الظاهر يكذبه . وفي فتاوى قاضي خان والفتاوى الظهيرية أدنى السن الذي يعتبر قوله بالبلوغ اثنتي عشرة سنة ، وفي حق الجارية تسع سنين .

(وأحكامه أحكام البالغين لأنه) أي لأن البلوغ (معنى لا يعرف إلا من جهتهـــما ظاهراً ، فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه) أي في البلوغ ، قيد بقوله ولم

بكذبها الظاهر إشارة إلى مـا ذكرنا من أن الغلام إذا ادعى البلوغ وعمره أقل من اثنتي عشرة سنة لا يصدق، والجارية إذا ادعته وعمرها أقل من تسع سنين لا تصدق . وذكر في فتاوى قاضي خان صبي يبيع ويشتري فقال أنا بالغ ، ثم قال بعد ذلك لست ببالغ ،فإن كان سنه اثنتي عشرة سنة أو أكثر لا يعتبر جحوده، وإذا كان دون ذلك لا يصح إخباره بالبلوغ ، ويصح جحوده ، وكذا ذكر في الفتاوى الظهيرية .

وفي الفتاوى الصغرى إذا أقر بالبلوغ وقاسم الوصي ان كان مراهقاً صـــح الإقرار والقسمة ولا يقبل قوله إني لم أكن بالغاً ، وإن لم يكن مراهقاً بل كان مثله لا يحتلم عادة لا يصح الإقرار ولا القسمة . وفي الواقعات صبي أقر أنــه بالغ وقاسم الوصي ، فان كان مراهقاً جازت قسمته ولم يقبل قوله إنه غير بالغ ، فإن لم يكن مراهقـاً ويعلم أن مثله لا يحتلم لم تجز قسمته ولم يقبل قوله انه بالغ .

(كما يقبل قول المرأة في الحيض) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها فالقول قولها إلا إذا كذبها الظاهر .

* * *

باب الحجر بسبب الدين

قـــال أبو حنيفة « رح » لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص ،

(باب الحجر بسبب الدين)

أى هذا باب في بيان الحجر بسبب الدين . أخره عن حجر السفيه لأن هـذا الحجر موقوف على طلب الغرماء ، فيكون فيه وصف زائد على المشاركة في أصل الحجر، فصار كالمركب فأخر لذلك .

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين) هـــذا كلام مجمل وفصله بقوله (وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) إنما أسنـــد الفعل إلى نفسه في الموضعين تنبيهاً على شدة تأكيده على منع الحجر لا يقال أن فيه تعظيماً للنفس ، لأن المعنى لو استفتيت أو رفع أمره إلى الحاكم لم أحجر عليـــه ، والكلام في موضعين ، أحدهما أن من ركبه الديون وليس في ماله وفاء وخيف أن يلجأ ماله بطريق الاقرار وببيع التحلية وطلب الغرماء من القاضي الحجر عليه لا يحجر عليـــه عند أبي حنيفة . وقالا يحجر عليه ، وبه قالت الثلاثة ،والآخرانه لا يباع على المديون ماله في قوله خلافاً لهم العروض والعقار فيه سواء عند مبادلة أحـد النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك عنده استحساناً لقضاء دينه (لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضررخاص) وهو ضرر الدائن .

فإن قلت العبد محجور لدفع ضرر خاص وهو ضرر المولى . قلت العبد إهـدار أهليته وآدميته بالكفر .

فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ، ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص ، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه . وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء ، لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظراً له ،

(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر) لأن بيع ماله غير مستحق لقضاء الدين لامكان أدائه بوجه آخر فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عليه عند امتناعه كما في الاجارة والتزويج إذ يمكنه قضاؤه بالاستقراض والاستيهاب (ولأنه تجارة لا عن تراض) أي ولأن بيعه ماله بغير رضاه تجارة من غير تراض (فيكون باطلا بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ٢٩ النساء (ولكن يحبسه أبداً) ولكن القاضي يحبس ماله أبداً ، وفي بعض النسخ ولكن يحبسه وأبداً نصب على الظرف (حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه) الذي تحقق بالامتناع من قضاء الدين منه والحبس بالدين مشروع بالاجماع .

فإن قلت روى الدارقطني من حديث ابن مالك عن أبيه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه ماله في دين كان عليه . وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شاباً سخياً و كان لا يمسك شيئاً ، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين ، فأتى غرماؤه النبي عليه السلام كلهم ، فلو ترك أحد لترك معاذ لأجل رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء . قلت هذا حكاية حال على أنه رسول الله ﷺ بنو الآن ما لم يكن وفاء لدينه فالتمس رسول الله ﷺ أن بينوا لي بيع ماله لبقي بدينه بواسطة بموكب تصرف رسول الله ﷺ على أنا نقول انه مرسل وهو ليس بحجة عند الخصم .

(وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء ، لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظراً له ،

وفي هذا الحجر نظر للغرماء ، لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم . ومعنى قولهما منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه . قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما ، لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة .

وفي هذا الحجر نظر للغرماء، لأنه عساه يلجىء ماله) أى لأن المفلس المديون عسى أن يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده ، أو بقوله بماله . وقال تاج الشريعة أى يقر لغير الغرماء حتى لا يصل إليهم وهو بتشديد الجيم من لجأ تلجئة ، وثلاثة لجاءو لجأت إليه لجاء بالتحريك وملجأ والموضع لجأ وملجأ أيضاً (فيفوت حقهم) أى حق الغرماء .

(ومعنى قولهما) أى قول أبي يوسف ومحمد « رح » (منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل) أى أن يبيع بالغبن يسيراً كان أو فاحشاً (أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء ، والمنع لحقهم فلا يمنع منه) أى المنع إنما كان لحق الغرماء ، فاذا كان بثمن المثل لا يمنع .

(قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما ، لأن البيع مستحق عليه) أى بيع المال لقضاء الدين المستحق عليه (لايفاء دينه ، حتى يحبس لأجله) أى لأجل البيع ويحبس بالدفع ، لأن حتى ها هنا للغاية كقولهم مرض فلان حتى لا يرجونه (فاذا امتنع) عن البيع (ناب القاضي منابه كما في الجب) بفتح الجيم وتشديد الباء وهو القطع لغة ، والمراد ها هنا أن المرأة إذا وجدت زوجها مجبوباً فانه يفرق بينها ، فان امتنع عن ذلك ناب القاضي منابه (والعنة) بضم العين وتشديد النون ، وهو اسم من عن الرجل عن المرأة إذا منع عنها بالسحر . والعنين هو الذي لا تقوم له آلة ، إما لعلة أو لسحر وأراد أن المرأة إذا وجدت زوجها عنيناً فلها الخيار بعد الفصول الأربعة ، فان امتنع زوجها عن التفريق ناب القاضي منابه .

قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق ، كيف وإن صح البيع كان الحبس إضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون ، فلا يكون مشروعاً . قال وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره ، هذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه ، فللقاضي أن يعينه . وإن كان

(قلنا) هذا جواب عما قال أبو يوسف ومحمد ومن تبعهما (التلجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض (والمستحق قضاء الدين ، والبيع ليس بطريق متعين) لأنه يمكنه الاستيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة (لذلك) أى لقضاء الدين .

(بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هناك متعين ، لأنه لم يمكنه الامساك بالمعروف، يعني عليه التسريح بالاحسان ، فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس لأجله ، وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين (بما يختاره من الطريق) الذى ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع) من القاضي (كان الحبس اضراراً بهما) أى بالمديون والغريم (بتأخير حق الدائن) إلى زمان تحقق امتناع المديون عن البيع (وتعذيب المديون) بالحبس (فلا يكون) الحبس (مشروعاً) لكن الحبس مشروع بالاجماع ، فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع ، وهذا لا ينقلب . أما حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشمل على الدائن لما خير حقه ، لأن للمديون ولاية البيع في كل لحظة ، بخلاف القاضي .

(قال فان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره ، وهذا بالاجماع، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه ، وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو

دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » استحسان ، والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً . وجه الإستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الإتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الإختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين .

على ضد ذلك) بأن كان دينه دنانير وله دراهم (باعها القاضي في دينه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » استحسان) إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان ذلك بالاجماع لأن الشبهة ترد على قوله ، لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض ، فكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضاً ، لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً) أى من غير قضاء ، بخلاف ما لو ظفر بجبس حقه .

(وجه الاستحسان أنهما) أى الدراهم والدنانير (متحدان في الثمنية والمالية)ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة (مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين) تقريره أن بالنظر إلى انهما متحدان في الثمنية يثبت ولايه التصرف للقاضي وللغريم ، وبالنظر إلى أنهما متحدان ومختلفان في الثمنية ومختلفان صورة لا يثبت لهما أصلا ، فعملنا بالوجهين وقلنا بولاية التصرف للقاضي دون الغريم ، ولم نعكس ، لانولاية القاضي أقوى من ولاية الغريم ، فلما لم يثبت للقاضي فأولى أن يثبت للغريم، فيكون فيه إبطال حق الشبهين ، فلهذا امتنع العكس .

وتوضيحه أن من العلماء من يقول أن لصاحب الدينأن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضاء وهو ابن أبي ليلى والقاضي مجتهد ، فجعلنا له ولاية الاجتهاد وفي مبادلة أحد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه ولا يوجد هذا المعنى في سائر الاموال، وفيه

بخلاف العروض ، لأن العرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أمـــا النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه

إضرار بالمديون من حيث إبطال حقه من غير ملكه ، وللناس في الاعيان أغراض وليس للقاضي أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو يستحق عليه ، وهـــذا المعنى لا يوجد في النقود ، لان المقصود هناك المالية دون العين .

(بخلاف العروض) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين الدراهم والدنانير وبين العروض حيث جاز بيع القاضي في الدين في الدراهم والدنانير ، ولم يجز في العروض فقال بخلاف العروض حيث لا يجوز بيعه فيها (لان العرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أمـــا النقود فوسائـــل) إلى حصول المقصود ولا يتعلق العرض بصورها وأعيانها (فافترقا) أي الحكمان يعني حكم النقدين وحكم العروض (ويباع في الدين النقود) هذا تفريع عـــلى قولهما ، يعني أن المديون لما جاز بيع ماله عندهما تبـــاع أولاً النقود (ثم العروض ثم العقار) وفي الذخيرة فعلى قولهما يبيع أو قاضى ماله ولكن يبدأ بدنانير إذا كان الدين دراهم قال فضل الدين مع ذلك بيع العروض أولاً لا العقار ، لان العروض معـدة للتلف والتصرف والاسترباح عليه فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه ، فان لم يف فحينئذ بيع العقار وأما دون ذلك فلا يبيعه لان العقار أعد للاقتناء فيلحقه ضرر كثير ، وهذا الذى ذكره رواية عنهما . وفي رواية يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف ثم يبيع العقار (يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعـــاة جانب المديون) حاصله أن القاضي نصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له (ويترك عليه دست من ثياب بدنه) الدست بفتح الدال وسكون السين المهملة ، وأراد بـــه البدلة من قماش نحو القميص واللباس والعمامة .

ويباع الباقي، لأن به كفاية، وقيل دستان، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس . قال فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم . بخلاف الإستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له .

وفي العباب الدست من الثياب ومن الورق ومن صدر البيت ومن اللعب معربات ليست من كلام العرب . وفي الذخيرة إذا كان للمديون ثياباً يلبسها ويمكنه أن يجترىء بعد من ذلك يبيع ثيابه ويشتري بثمنه ثوباً يلبسه ، وما فضل يقضى دينه لأن ذلك للتجميل وقضاء الدين غرض عليه ، وعلى هذا لو كان له مسكن وتمكينه أن يجترىء بما دون ذلك يبيع المسكن ويشتري بثمنه ما يجترىء وما فضل قضى دينه ولا يباع داره التي أغنى له عن سكناها ، وبه قال أحمد. وقال الشافعي ومالك تباع ويستأجر من ثمنه مسكناً له ويقضي بالفضل دينه . وفي الخلاصة والنية ما لا يحتاج إليه في الحال كاللبد في السيف والنطع في الشتاء لو كان له كانون من حديد يباع ويتخذ من الطين . وعن شريح أنه يباع عمامة المحبوس وعن أبي يوسف هكذا . وفي شرح الطحاوي ولو باع القاضي أو أمينه مال المديون فالعهدة على المطلوب لا على القاضي وأمينه . وقال الشافعي وأحمد على المديون . وقال مالك على الغرماء وإن كان الثمن جنس حقهم وإلا على المديون .

(ويباع الباقي لأن به كفاية) يعولان بالدست من الثياب كفاية (وقيل دستان ، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس) أي من لبس ثياب .

(قال) أي القدوري (فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) أي قال القدوري في مختصره . وقال في شرح الأقطع وهذا على قولهما (لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم) أي فلا يتمكن المديون من إبطال حق الأولين ، وهذا الظاهر (بخلاف الاستهلاك) أي بخلاف ما إذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف (لأنه مشاهد لا مرد له) أي لان فعله أعني الاستهلاك مشاهد محسوس فلا يرد ،

ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به ، لعدم وقت الحجر . قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه ، لان حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ، ولهذا لو تزوج امرأة كانت في

لان الحجر لا يصح في الفعل الحسي . وفي الذخيرة لو كان سبب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بالشهادة بأن شهدوا على استقراضه أو شرابه بمثل القيمة شارك الغرماء وعند الشافعي لو أقر بدين لزمه قبل الحجر يصح ويلزمه في الاصح . وفي قول لا يلزمه وهو قول مالك وأحمد وأبي يوسف ومحمد «رح» وتصرفات المحجور من بيع أو هبة أو عتق لا تصح عند الشافعي في الاصح ، وبه قال مالك وأحمد في غير العتق ، وفي قول يصح ويكون موقوفاً . فان قضى دينه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه ولا يفسخ منها الاضعف فالاضعف يبدأ بالهبة ثم بالبيع ثم بالعتق . وعند أحمد وأبي يوسف « رح » يصح عتقه لانه صدر عن مالك رشيد ولا يقبل الفسخ . وقال أحمد في رواية لا يصح كالبيع والهبة وما فعله قبل الحجر يصح بلا خلاف .

(ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه ، لان حقهم لم يتعلق به) أي بذلك المال ، وهكذا هو في بعض النسخ (لعدم وقت الحجر) أي لعدم ذلك المال وقت الحجر ، فلا يتعلق به حق الاولين .

(قال) أي القدوري (وينفق على المفلس من ماله) أي ينفق على هذا المديون المحجور عليه عن التصرف ، وينفق على صيغة بناء المجهول (وعلى زوجته وولده الصغار) بضم الواو وسكون اللام جمع ولد (وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه) أي وينفق أيضاً على ذوي أرحام المحجور عليه (لان حاجته الاصلية متقدمة على حق الغرماء ، ولانه حق ثابت لغيره) أي ولان الانفاق حق ثابت لغير المفلس وهو من يجب نفقته عليه (فلا يبطله الحجر ، ولهذا) أي ولاجل كون حاجته الاصلية مقدماً (لو تزوج امرأة كانت في

مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء . قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة. ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه .

مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء) لان الزيادة تضاف إلى التزامه وفيه إبطال حق الغرماء ولا يلي ذلك ، والاسوة بضم الهمزة وكسرها اسم من ابتنى به إذا اقتدى به واتبعه .ويقال اسليته بمالي أى جعلته أسوة اقتدى به ويقتدي هو بي .

(قال) أى القدورى (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو) أى المفلس (يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، وذكرناهذا الفصل بوجوهه أي بطرقه (في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة) لقوله تعالى ﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، أى وإن وجد ذو إعسار ، أى فقر فالواجب نظرة أى انتظار إلى وقت اليسار والبينة على الاعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق فيطالبه القاضي بعد ذلك . وأما إذا قامت قبل الحبس ففيه روايتان في أحدهما تقبل وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل . وفي الاخرى لا تقبل ما لم يحبس ، وعليه عامة المشايخ ، وإليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهو الاصح .

(ولو مرض في الحبس يبقى فيه) أى في الحبس ويبقى بالتشديد (إن كان له خادم يقوم بمعالجته ، وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه) لانه لا يجوز الاهلاك لمكان الدين،

والمحترف فيــــه لا يمكن من الإشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه ، لانه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى .

ألا ترى لو توجه اليه الهلاك لمخمصة كان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير . وعن أبي يوسف « رح » لا يخرجه في هذه الصورة أيضاً ، لان الهلاك لوكان لكان بسبب المرض وإنه في الحبس وغيره سواء . وفي الواقعات المحبوس في السجن إذا مرض وليس لاحد يعاهده أخرج من السجن بكفيل ، لانه لو ترك كذلك يخاف عليه التلف ، والمستحق الحبس لا التلف . وفي الخلاصة هذا إذا كان الغالب عليه الهلاك ، والفتوى على قول محمد « رح » ، وإنما يطلقه بكفيل ، فان لم يجد الكفيل لا يطلقه ، فان كفل رجل وأطلقه فحضرة الخصم ليس بشرط .

(والمحترف) أى المحبوس الذى يحترف ، يعني يكتسب بالحرفة وهي الصنعة قوله (فيه) أى في الحبس (لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا لا يمنع من الاكتساب فيه ، وبه قال الشافعي في الاصح ، لان فيه نظراً للجانبين ، لان نفقته ونفقة عياله عليه فيمكن من الكسب . وقال الخصاف الاصح أنه يمنع منه ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول (ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه) فينبعث بالنصب عطفاً على ليضجر ، وذلك لان الحبس للتضييق عليه ، حتى يتسارع إلى الوفاء ، فاذا أمكن من الاحتراف فيه صار بمنزلة القوت فلا يحصل المقصود .

(بخلاف ما إذا كانت له جارية ، وفيه) أي وفي الحبس (موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه ، لأنه قضاء أحد الشهوتين) أي لأن الوطء قضاء أحد الشهوتين وهما شهوة البطن وشهوة الفرج (فيعتبر بقضاء الأخرى) أي إذا كان كذلك فيعتبر أحد الشهوتين التي هي شهوة الفرج بالشهوة الأخرى وهي شهوة البطن . وفي الخلاصة لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد ولا يخوف ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة ، ولا يؤاجر في المنتفى

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعـــد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص

يفيد المديون إذا خيف الفرار ولا يخرج المديون لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة الجنازة ولا عيادة المريض ويحبس في موضع وحش لا يبسط له فرش ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به ذكره الإمام السرخسي .

(قال) أي القدوري (ولا يحول بينه وبين غرمائه) أي لا يحول القاضي بـين المديون المفلس وبين غرمائه (بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه) أي يدورون معـه حيث ما دار ولا يفارقونه في موضع معين لأنه حبس . وقال الناصحي في تهـذيب أدب القاضي قال ابن كاس في أدب القاضي قال أبو يوسف ومحمد إذا صح أنه معسر فـلا سبيل إلى لزومه ، وعلى قول اسماعيل بن حماد ليس للمدعي أن يلازمه ، ولكن يأخذ كفيلاً ، ذكره شمس الأئمة في شرح أدب القاضي للخصاف .

(ولا يمنعونه من البيع والتصرف والسفر) لأن فيه ضرراً بيناً عامـاً (لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان) هذا دليل لقوله يلازمونه ، والحديث رواه الدارقطني في سننه حدثنا أبو علي الصفار حدثنا عباس بن محمد حدثنا أبو عاصم حدثنا ثور عن يزيد عن مكحول قال ، قال رسول الله ﷺ إن لصاحب الحق اليد واللسان . وأخرج البخـاري في الاستقراض ومسلم في البيوع عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه فأغلظ له فهم به أصحابه فقال دعوه ، فإن لصاحب الحق مقـالاً (أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) وليس المراد باليد أن يتطاول عليه بيد ، ولا باللسان أن يؤذيه بالكلام الفاحش . وجه التمسك به أنه مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله .

(قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بـالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم

لاستواء حقوقهم في القوة . وقالا إذا أفلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً ، لان القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة . وعند أبي حنيفة « رح » لا يتحقق القضاء بالإفلاس ، لان مال الله تعالى غاد ورائح ، ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً

بقدر حصته من الدين، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره . وأما المديون ففي حال صحته لو أثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره له ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة فقر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلاثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء فحبسوه بديونهم في مجلس القاضي كيف يقسم أمواله بينهم ، قال إذا كان المديون حاضراً فإنه يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ، ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته ، وإن كان المديون غائباً والديون ثابتة عند القاضي يقسم المال بين الغرماء بالحصص ، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض (لاستواء حقوقهم في القوة) أي لاستواء حقوق الغرماء في قوة الثبوت فلا يترجح البعض على البعض .

(وقالا إذا فلسه الحاكم) بتشديد اللام ، أي قال أبو يوسف ومحمد «رح» إذا حكم القاضي بإفلاس المديون وإعساره (حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً ، لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ، ويستحق النظرة إلى الميسرة) كما لو كان دينه مؤجلاً ، وبه قالت الثلاثة .

(وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس ، لأن مال الله غاد ورائح) أي آت وذاهب ، وكم من غني يمشي في مال جزيل ويصبح فقيراً ، وكم من فقير يمشي ويصبح غنياً (ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً) إذ لا وقوف لهم على الحقيقة

فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البينة ، إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لانها أكثر إثباتاً ، إذ الأصل هو العسرة ، وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس فيه

(فيصلح) أى الظاهر (للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار) أى قول القدوري في مختصره ، واليسار بفتح الياء إسم للإيسار من أيسر إذا استغنى ، والإعسار مصدر أعسر ، أى افتقر . وفي بعض النسخ على بينة العسار بفتح العين بمعنى الإعسار . قال في المغرب هو خطأ ، قيل ذكر هذا على طريق الازدواج .

قلت لم يقل أحد في الازدواج باللحن والخطأ في اللفظ على أنه لا يطلب إلا في الخطب والرسائل في كلام الفصاء ويقع في كلام الله تعالى لابتداع أسلوبه ونهايته في منهج البلاغة والفصاحة ، أو كلام الرسول ﷺ لكونه مخصوصاً بجوامع الكلم .

(لأنها) أى لأن بينة اليسار (أكثر إثباتاً إذ الأصل هو العسرة) واليسار طار فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج . وفي خلاصة الفتاوى فإن أقام المديون البينة على الإفلاس فأقام الطالب البينة على اليسار ، فبينة الطالب أولى ولا حاجة الى بيان ما يثبت به اليسار ، وفي بينة الإفلاس لا يشترط حضرة المدعي وينبغي أن يقول الشهود إنه فقير لا نعلم له مالاً ولا عرضاً من العروض يخرج بذلك عن حال الفقير . وعن أبي القاسم الصفار ينبغي أن يقول الشهود نشهد أنه مفلس معدوم لا نعلم له ما سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة .

(وقوله) أى قول القدوري (في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع) أى لا يجلس الغريم المديون في موضع معين (لأنه حبس فيه) أى إجلاسه في موضع معين حبس وليس له حق الحبس لأنه ليس

ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لان الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة . ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب ، لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره ، فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه . ولو كان الدين للرجل على المرأة

بستحق عليه . وعن محمد رحمه الله للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو بيته ، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسلك من غير حاجة فيتضرر به المدعي . وفي رواية عنه يلازمه حيث أحب في المصر . ولو كان لا معيشة له إلا من كسبه لا يمنعه أن يسعى في مقدار قوته يوماً ، فإذا حصل ذلك القدر في يومه فله منعه من الذهاب في ذلك ويجلسه . وفي الواقعات رجل قضى عليه بحق لانسان فأمر غلامه أن يلازم الغريم ، فقال الغريم لا أجلس معه بل أجلس مع المدعي فله ذلك ، لأنه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبد فيكون عليه في ذلك الوقت زيادة ضرر .

(ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة) وعن هذا قيل إذا أعطاه الفداء أو أعداه موضعاً لأجل إيفائه له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب من جانب آخر ، كذا في الذخيرة. وفي الأقضية إذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه لا يمنعه من ذلك إلا إذا كفاه نفقته ونفقة عياله ، وهكذا في الدخول في البيت .

(ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه) أى على المطلوب لأن ملازمة من لا يجانسه أشد من كل شديد (إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه) أي على المطلوب (بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه . ولو كان الدين للرجل على المرأة

لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها . قال ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . وقال الشافعي «رح» يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ ، لانه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا لانه عقد معاوضة وقضيته[1] المساواة

لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية ، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) ولم يذكروا إذا كان الدين للمرأة على الرجل فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يبعث رجلاً أميناً من جهتها ملازمة . وفي الخلاصة فإن لم يجد امرأة إن شاء جعلها مع امرأة في بيت وهو على بابها والمرأة في بيت نفسها وهو على بابها ونقله عن النسفي .

(قال) أي القدوري (ومن أفلس) وفي بعض النسخ فإن أفلس يقال أفلس الرجل إذا لم يبق في يده مال كأن دراهمه سارت فلو سارت يوماً كما يقال أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاً وأقطمن إذا صارت دابته قطوفاً ، ويجوز أن يراد به إن صار إلى حال بذر فيها كما يقال أقهر الرجل إذا صار إلى حالة يقهر عليها وأزال إذا صار إلى حال بذل فيها (وعنده متاع لرجل بعينه) أى والحال أن عنده متاع لشخص معين (ابتاعه منه) أي قد اشتراه من الرجل كما في قوله تعالى ﴿ أو جاءوكم حصرت صدورهم ﴾ أي قد حصرت (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) أي في المتاع .

(وقال الشافعي «رح» يحجر القاضي على المشتري بطلبه) أى بطلب البائع الحجر عليه حق لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ ، لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا) إشارة إلى وجه القياس والجامع بين عجز المشتري عن إيفاء الثمن وعجز البائع عن تسليم المبيع (لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) أي لأن المبيع عند معاوضته وقضيته المساواة

---

(١) ومن قضيته — هامش .

فصار كالسلم. ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره، وإنما المستحق وصف في الذمـــة، أعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم،

وهي فيما ذكرنا (فصار كالسلم) هذا جواب عما يقال هذا قياس مع وجود الفارق وهـو فاسد، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ، بخلاف المبيع فإنه غير بدل عليه الفسخ، فأجاب بقوله فصار كالسلم يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ، فان المسلم فيه دين لا محالة، فإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حـــق الفسخ، كذا هذا. وبقول الشافعي رحمه الله قال مالك وأحمد والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم.

(ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين) أي عين الدراهم المنقودة وعين الدنانير المنقودة (وهو غير مستحق بالعقد) أي غير الدراهم المنقودة غير مستحق، بل المستحق به الدين وهو وصف في الذمة يعلم انه عجز عن تسليم شيء غير مستحق بالعقد (فـــلا يثبت حق الفسخ باعتباره) أي باعتبار أنه غير مستحق بالعقد (وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين) ولا يلزم من العجز عن تسليم عين الدراهم أو عـــين الدنانير بالإفلاس العجز عن المستحق بالعقد (وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة) حكمية، هـذا جواب عما يقال لما كانت العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب إنسان يتبرأ ذمـــة المديون بدفع المنقود.

وتقرير الجواب أن المستحق بالعقد هو الوصف الثابت في الذمة وقضاء الدين واجب، وذلك بالوصف غير متصور، وجعل الشارع العين بدلاً عنه، فإذا قبض العين بـــدلاً عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث أنه ثبت لكل واحـــد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصاً.

(هذا) أي تحقق المبادلة (هو الحقيقة) في قضاء الدين (فيجب اعتبارهـــا إلا في موضع التعذر كالسلم) حيث يكون المسلم فيه الذي هو الحنطة أو الشعير حكم الدين الذي

لان الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

هو الوصف الثابت في الذمة لتعذر القول بالإستبدال (لأن الإستبدال ممتنع) لقوله ﷺ لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك (فأعطى للعين حكم الدين) تحرزاً عن الإستبدال فيكون العين مستحقاً بالعقد ، فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع .

فإن قيل ما تقول في حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما أنه ﷺ قال من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به ، وقد روي هـــذا الحديث بوجوه مختلفة . قلت أبو هريرة رضي الله عنه روى أيضاً عن النبي عليه السلام أيما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس فهو ماله بين غرمائه ، أخرجه الدارقطني فاختلفت الرواية ، وذلك يوجب وهناً في الحديث على ما عرف .

فإن قلت في إسناده ابن عياش وهو ضعيف . قلت قد وثقه أحمد رحمه الله وقد احتج بالحديث الخصاف والرازي .

فان قلت قال الدارقطني لا يثبت هذا الحديث عن الزهري رحمه الله مسنداً ، وإنما هو مرسل . قلت المرسل عندنا حجة ، وأسنده الخصاف والرازي . ولئن سلمنا فمعناه إذا باع شيئا على أنه بالخيار فوجد المشتري مفلساً في مدة الخيار فهو أحق بمـــاله ، أي فيتخير الفسخ ويكون معناه إرشاد إلى ما هو الأوثق كما في قوله تعالى ﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ، وغيره . وقيل هذا محمول على الغصب ، فان المغصوب منه أحـــق بماله إذا وجد عند الغاصب ، وفيه نظر لأن قوله قد أفلس يبقى حقه حينئذ ضائعاً ، لأن أحقيـة الملك ثابت في الغصب وجد مفلساً أو مليئاً . وقيل هو محمول على الوديعـــة وفيه نظر أيضاً . وقيل محمول على انه قبض المبيع بغير إذن البائع وفي هذا الموضع له حق الاسترداد وما ذهبا إليه وهو قول جماعة من الجلة الأكابر

قال عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال أيما رجل باع من رجل سلعـــة فأفلس المشتري فإن وجد البائع سلعة بعينها فهو أحق بها ، فان كان قبض من ثمنها شيئاً فهـــو والغرماء سواء ، وإن مات المشتري فالبائع أسوة الغرماء ، وكذا روي عن معمر بن عبد العزيز . وروي أيضاً عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال أيما غريم اقتضى

منه شيئاً بعد إفلاسه فهو والغرماء سواء يخاصمهم به ، وبه كان يفتي ابن سيرين ، وإليه ذهب ابن جنيد ذكره صاحب التمهيد ، وفي الاستذكار قال النخعي وأبو حنيفة وأهل الكوفة هو أسوة الغرماء على كل حال . وروي ذلك عن خلاص عن علي رضي الله عنه وابن حزم صحيح روايته . وحكى الخطابي هذا القول عن ابن شبرمة أيضاً .

فان قلت روى أحمد في مسنده عن سمرة أنه عليه السلام قال من وجد متاعاً عند مفلس فهو أحق به . قلت في اسناده عمر بن ابراهيم قال أبو حاتم لا يحتج به .

فان قلت روى البيهقي عن الشافعي قال قرأنا على مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر ابن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به . قلت هذا مرسل وهو ليس بحجة عندنا .

فان قلت روى البيهقي من حديث معمر عن أيوب عن عمر رضى الله عنه وابن دينار عن هشام بن يحيى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء . قلت قد مر الجواب عن حديث أبي هريرة في هذا الباب .

فان قلت روى الطيالسي عن ابن أبي ذئب حدثني أبو المعتمر عن عمر بن خالد ، قال أتينا أبا هريرة في صاحب لنا يعني أفلس فأصاب رجل متاعه بعينه ، قال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ إن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به ، إلا أن يدع الرجل وفاء . وذكر البيهقي عن الشافعي أنه قال الذمي أحدث به أولى ، يعني حديث ابن خلدة من قبل أن ما أحدث به موصول يجمع فيه النبي عليه السلام بين الموت والإفلاس . وحديث ابن شهاب منقطع . قلت قال عبد الحق في أحكامه ، قال أبو داود من يأخذ بهذا أبو المعتمر من هو ، أي لا يعرف . وقال الطحاوي لا تعرف من هو ولا سمعنا له ذكراً إلا في هذا الحديث . وفي الإشراف الحديث مجهول الإسناد والله أعلم بالصواب .

كتاب المأذون

الإذن هو الإعلام لغــــة . وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ،

(كتاب المأذون)

إيراده عقيب الحجر ظاهر التناسب إذ الإذن بعد الحجر .

(قال الإذن هو الإعلام لغة) يعني من حيث اللغة . قال الجوهري إذن له في الشيء إذناً وأذن بمعنى علم ، ومنه قوله تعالى ﴿ فأذنوا بحرب من الله ورسوله ﴾ ، وأذنــــه له إذناً بفتحتين استمع ، انتهى . قال تاج الشريعة وفيما نحن فيه إعلام لأن المولى يعلم عبده بعدم حجره ويعلم الناس بذلك أيضاً . وفي المغرب الإذن من الإذن وهو الاستماع يقال استأذنته فلم يأذن له وهو مأذون له وهي مأذون لها وترك الصلة ليس من كلام العرب كما في المحجور عليه .

(وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) أي فك الحجر الثابت بالرق حكماً ورفع المانع من التصرف حكماً ؛ والمولى إذا اذن لعبده في التجارة فقد أسقط عن نفسه الذي كان العبد لأنه محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنــه فيصير عندنا بمنزلة المكاتب . وعند الشافعي وأحمد وهو إنابة وتوكيل . وقال الأترازي وإنما قيد بقوله عندنا احترازاً عـــن قول زفر والشافعي ، فإن الإذن عندهما توكيل وإنابة في التصرف . وفائدة الخــلاف أن الاذن بالتجارة لا يتخصص حتى لو أذن له في نوع يكون مأذوناً في أنواع التجارة عندنا خلافاً لهما أو لزفر أيضاً كما يجيء إن شاء الله تعالى .

(والعبد بعد ذلك) أي بعد إسقاط الحق (يتصرف لنفسه بأهليته القديمة) فيكون

لانه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى ، لانه ما عهد تصرفه إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ، ولهـــذا لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبده

تصرفه لنفسه لا لمولاه بالتوكيل والانابة (لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) أى لأن العبد بعد الرق صار أهلا للتصرفات إذ ركن التصرف كلام معتبر شرعاً لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق، وهما لا يفوتان بالرق ، إذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشرية وبالرق لا يخرج عن كونـــه بشراً غير أن امتناعه (وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد) أى بما عرف (تصرفـــة إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك) أى ما ذكر من رقبته أو كسبه (مال المولى فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه) فاذا أذن فقد رضي باسقاطه حقه (ولهذا) أي ولكون صحة تصرفه بأهلية نفسه (لا يرجع) أى العبد (بما لحقه من العهـــدة على المولى) لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عـــن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ، ولهذا لو أقر بالقصاص على نفسه صح ، وإن كذبـــه المولى فكان الشراء حقاً له ، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً ، لكن شرطنا إذنه دفعاً للضرر عنه بغير رضاه .

فان قيل المأذون عدم أهليته لحكم التصرف وهو الملك ، فينبغي ألا يكون أهلاً لنفس التصرفات ، ولأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهـــل لذلك . أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك كما أشرنا إليه .

فان قيل لو كان العبد يتصرف بأهليته والإذن فك الحجر لما كان للمولى ولايـــة الحجر بعده امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل ، لأن الساقط لا يعود .

(ولهذا) أي ولكون الإذن إسقاطاً عندنا (لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبـــده

يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تتوقف ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي .

يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه) لأن تصرفه بحكم مالكيته الأصلية ، وإنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت.

فان قيل قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه . أجيب عنه بجوابين ، أحدهما أنه ليس باستدلال ، وإنما هو تصحيح النقل بدل يدل على انه عندنا معروف بذلك . والثاني أنه حكمه الشرعي وهو تعريفه ، وكان الإستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً لا يقال لا يصح الإستدلال على عدم التخصيص والتوفيق بإذن الإذن عبارة عن فك الحجر والإطلاق وتمليك اليد ، فان القضاء إطلاق واثبات للولاية مع انه قابل للتخصيص ، وكذا الإعارة والإجارة تمليك للمنفعة واثبات اليد على العين مع انه قابل للتخصيص لأنا نقول القاضي لا يعمل لنفسه بل هو نائب عن المسلمين ، ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة في مال المسلمين، بخلاف العبد فانه لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة . وأما المستأجر والمستعير فانه يتصرف في محل هو ملك الغير بايجاب صاحب الملك له وإيجابه في ملك نفسه يقبل التخصيص فافهم (لأن الاسقاطات لا تتوقف) كالطلاق والعتاق وتأجيل الدين وتأخير المطالبة، إذ الساقط يتلاشى (ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد هذا من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول . قالوا السكوت محتمل الرضاء وفرط الغيظ وقلة الإلتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً ، والمحتمل يكون حجة .

قلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان إذ الناس يعاملون العبد عليهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تقضى إلى لحوق ديون عليه وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق . وفي ذلك إضرار للمسلمين بإيتاء حقهم ولاضرار في

ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى والأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها

الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر يتحقق ، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، فكان موضع بيان أنه راض به والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان .

فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح ، فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً فما الفرق . أجيب بأن الضرورة في التصرف الذي رآه مستحق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته ، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلا ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله وفي الرهن لم يكن سكوته إذناً ، لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد ، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر ، فكان في ذلك ضرر محقق ، لا يقال الراهن أيضاً يتطور ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم ، لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن البديات فكان أقوى .

وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه إذناً . قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام ، لأن السكوت إنما يصبح إذناً وإجارة دفعاً للضرر على أحد في نكاح العبد والأمة ، لأن النكاح يكون موقوفاً ، لأن نكاح المملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك ، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . قيل فيه نظر ، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو في أن سكوته إجازة أولا ، ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضرر أمحققا بالمولى فلا يكون السكوت إذناً .

(ولا فرق أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى والأجنبي) أي أو مملوكاً للأجنبي (باذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها) أي في التجارة

فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ، ولم يكن راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم . قال وإذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات ، ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده . ووجهه أن التجارة اسم عـــام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة. ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه ، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة

(فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ولو لم يكن راضياً به لمنعه دفعاً للضررعنهم) أي كل ما رآه من الناس .

(قال) أي القدوري (وإذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً)يعني لم يقيد بنوع من التجارة (جاز تصرفه في سائر التجارات) أي جميعها ، يقال سائر أي جميعهم (ومعنى هذه المسألة) أي معنى مسألة الاذن العام ، يعني تصوره (أن يقول له أذنت لـــك في التجارة ولا يقيده) بنصب الدال عطفـــاً على قوله أي فلا يقيد الاذن بنوع من أنواع التجارة ، وهذا بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الاذن بنوع فكان فائدة ذكـر معنى المسألة لبيان نفي الخلاف .

(ووجهه أن التجارة) أي وجه جواز تصرفه في سائر التجارات (إسم عام) لأنــه إسم جنس محلى باللام فكان عاماً (يتناول الجنس) أى جنس التجارة للعموم (فيبيع ويشتري) أى إذا كان كذلك يبيع ويشتري (ما بدا له) أى ما ظهر له (مــن أنواع الأعيان لأنه) أى لأن بيــع الأعيان (أصل التجارة) والمنافع لكونها قائمـــة بالأعيان فألحقت بها .

(ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه) أى الغبن اليسير ، وعند الشافعي وأحمد لا يجوز إلا بثمن المثل كما في الوكيل (وكذا بالفاحش عند أبــي

خلافاً لهما . هما يقولان أن البيع الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبـــة . وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون .

حنيفة) أى كذا يجوز بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة سواء كان عليه دين أو لا (خلافاً لهما) أى لأبي يوسف ومحمد «رح» وبقولهما قال زفر والشافعي وأحمد .

(هما يقولان أن البيع الفاحش منه بمنزلة التبرع) وهو خـلاف المقصود إذ المقصود الاسترباح دون الإتلاف فلا ينتظم الاذن (حتى اعتبر) البيع بالغبن الفاحش (مـــن المريض من ثلث ماله) لأنه بمنزلة التبرع ، فصار كالهبة (فلا ينتظمه الاذن كالهبة) أى أى إذا كان كذلك فلا ينتظم البيـع بالغبن الفاحش الاذن .

(وله) أى ولأبي حنيفة رحمه الله (أنه) أى أن المبيـع بالغبن الفاحش (تجـارة) لا تبرع ، لأنه وقع في ضمن عقد التجارة ، والواقـع في ضمن الشيء له حكم ذلك الشيء (والعبد متصرف بأهلية نفسه) لما مر تقديره (فصار كالحر) بالاذن فالحر يملك البيـع بالغبن الفاحش ، فكذا العبد المأذون . وقال تاج الشريعة أى كالحـــر المريض المديون المستغرق جميع تركته بالدين .

فان قلت يشكل بالمريض حيث لا يتصرف فيماوراء الثلث وإن كان يتصرف بأهليته قلت إنما لا يملك لتعلق حق الغير وهو الغريم أو الوارث بذلك المـال ، حتى لو رضي ينفذ ولا كذلك المولى لسقوط حقه .

(وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون) أى على الخلاف المذكور الصبي المأذون له من جهة أبيه أو وصيه في التجارة إذا باع بالغبن الفاحش، وكذا المكاتب والمعتوه المأذون. ثم أبو حنيفة فرق بين البيـع والشراء في تصرف الوكيل بالغبن وسوى بينهما في تصرف المأذون ، لأن الوكيل يرجع على الآمر لما يلحقه من العهدة ، فكان الوكيل بالشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر الغبن أراد أن يلزمه الأمر وهذا لا يوجـــد في تصرف

ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان فمن جميع ما بقي ، لأن الإقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري أو جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر ، وله أن يسلم ويقبل السلم لأنه تجارة ،

المأذون لأنه لا يرجع بما لحقه من العهدة على أحد فاستوى البيع والشراء في حقه ، كذا في المبسوط .

(ولو حابى) أي العبد المأذون وهو من المحاباة ومن الحباء وهو العطاء ، وصورته أن يوصي بأن يبيع عبده من فلان وقيمته ألف مثلاً بخمسمائة (في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين) لأنه يكون محاباة من المولى ، لأن المال للمولى ، والشرط أن يكون المولى صحيحاً حتى إذا كانت المحاباة منه في مرض الولي لمحاباته باليسير ، والفاحش معتبر من الثلث عند أبي حنيفة ، كما لو حابى المولى بنفسه في مرضه . وعندهما محاباته باليسير كذلك وبالفاحش باطل وإن كان يخرج من ثلث مال المولى ، لأنه لا يملك هذه المحاباة بالإذن في التجارة كما لو باشره في صحة المولى (وإن كان) عليه دين (فمن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولاً فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ، ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لأنه رضي بسقوط حقه بالإذن ، فصار كالوارث إذا سقط حقه في الثلثين بالإجارة ، فإنه يتصرف المريض الكل فكذا هذا .

(وإن كان [1] الدين محيطاً بما في يده) بطلت المحاباة (يقال للمشتري أو جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر) إذ حابى في مرض موته (وله أن يسلم ويقبل السلم) أي للمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه (لأنه تجارة) أي لأن الاسلام تجارة ، و كذا

---

(١) وإذا كان – هامش .

ولــه أن يوكل بالبيع والشراء لأنه قـد لا يتفرغ بنفسه . قال ويرهن ويرتهن لأنهما من توابع التجارة فإنهما إيفـــاء واستيفاء ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت ، لأن كل ذلك من صنيع التجارة ويأخذ الأرض مزارعة ، لأن فيــه تحصيل الربح ويشتري طعاماً ويزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح ، قـــال عليه السلام الزارع يتاجر ربه . وله أن يشارك شركة عنان

قبول السلم (وله أن يوكل بالبيع والشراء ، لأنه قد لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره لأن ذلك من صنيع التجارة .

(قال) أي القدوري (ويرهن ويرتهن ، لأنهما من توابع التجارة فإنها إيفــاء) في الرهن (واستيفاء) في الارتهان وهما من التجارة (ويملك أن يتقبل الأرض)أي يأخذها لقبالة ، أي يستأجرها أو يتقبل الأرض الموت من الإمام للاحيـــاء . وفي المغرب قبالة الأرض أن يتقبلها إنسان فيقبلها الإمام أي يعطيها أيام مزارعـة أو مساقاة (ويستأجر الأجراء) وهو جمع أجير (والبيوت) أي يستأجر البيوت (لأن كل ذلك من صنيــع التجارة) أي كل ما ذكر من الأشياء التي تقدمت (ويأخذ الأرض مزارعة ، لأن في ذلك تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر الارض ببعض الخـارج وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم ، لأنه إذا لم يحصل خارج لا يلزمه ، بخلاف الاستئجـــار بالدراهم وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو أجـــر نفسه من رب الأرض لعمل المزارعة ببعض الخارج . ولو أجر نفسه بالدراهم صار كما سيجيء فكذا هذا .

(ويشتري طعاماً ويزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح) وإن كان استهلاكاً حقيقة (قال ﷺ الزارع يتاجر ربه) هذا الحديث ليس له أصل ، وهو غريب جداً .

(وله أن يشارك شركة عنان) قيد به لأنه ليس له شركـة المفاوضة لأن مبناه على الوكالة والكفالة ، والوكالة داخلة تحت الإذن دون الكفالة ثم يصح منه شركـة العنان مطلقاً عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة حتى لو اشترك المأذون شركـــة عنان على أن

ويدفع المال مضاربة ويأخذها ، لأنه من عادة التجار ، وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي « رح » وهو يقول لا يملك العقد على نفسه ، فكذا على منافعه لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس مالـــه فيملك التصرف فيها إلا إذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لأنه ينحجر به والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل به مقصود المولى ، أما الإجارة لا ينحجر به

يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد ، لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة . ولو أذن لهما الوليان في الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فاشتركا صار كما لو أذنا لهما بالكفالة . ولو اشتركا معاوضة بالاذن تصير عناناً ، كذا في المبسوط والذخيرة (ويدفع المال مضاربة ويأخذهـا) أي يأخذ المضاربة أيضاً (لانه من عادة التجار) لان كل واحد من دفع المـــال مضاربة وأخدها من عادة التجار .

(وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي) أي وللمأذون له أن يؤجر نفسه خلافـاً للشافعي . قال أحمد وعن الجبي من أصحابه يجوز كقولنا . وكذا لو وكل إنساناً لا يجوز عند الشافعي ، وكذا لو أجره عبيد التجارة دابة لا يجوز عند الشافعي ، وفي الاصح يجوز (وهو) أي الشافعي (يقول لا يملك العقـــد على نفسه) بالبيع والرهن ، يعني لا يملك نفسه ولا هاهنا بدين عليه (فكذا على منافعه) أي فكذا لا يملك على منافع نفسه (لانها تابعة لها) أي لان منافع نفسه تابعة لنفسه .

(ولنا أن نفسه رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع إليه مالاً وهـــو رأس المال المأذون له يملك التصرف فيـــه ضرورة ، وهو معنى قوله (فيملك التصرف فيها) أي في رأس ماله (إذا كان) أي التصرف (يتضمن إبطال الاذن كالبيع) أي بيع نفسه (لانه ينحجر به) لانه يخرج به عن ملك المولى لو صح (والرهن) أي وكان الرهن ، أي رهن نفسه على دين (لانه يحبس به) أي لان المرهون له يحبس عند المرتهن (فـــلا يحصل به مقصود المولى) وهو الربح (أما الاجارة) أي إجارة نفسه (لا ينحجر بـــه

ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك. قال فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها . وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب .

ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك) إذا كان كذلك فيملك الاجارة . وما ذكره الشافعي ينتقض بالحر ، فانه لا يتملك بيع نفسه ويملك إجارته .

(قال) أى القدوري (فإن أذن له في نوع منها دون غيره) أى فإن أذن المولى لعبده في نوع من التجارات دون نوع (فهو مأذون في جميعها) أى في جميع التجارات . قال في الايضاح سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت ، صورته أن يقول لعبده تصرف في الخز وسكت ، أو قال تصرف في الخز ولا تتصرف في البز فإنه يملك التصرف في الخز والبز جميعاً .

(قال زفر والشافعي لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر) فعندنا يملك التصرف في الكل ، وعندهما لا يملك إلا فيما عينه (لهما أن الاذن توكيل وإنابة من المولى ، لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو) أى الحكم (الملك له) أى للمولى يعني أن المقصود من التصرف حكمه وحكمه الملك وهو للمولى لا للعبد ، لانه بالرق خرج عن أن يكون أهلاً للملك (دون الملك[1]) أى لا للعبد (ولهذا) أى ولكون الملك للمولى دونه (يملك حجره) أى يملك المولى حجره (فيتخصص بما خصه به) أى إذا كان كذلك يتخصص الاذن بما خص به المولى ، كما لو أذنه بالتزويج من امرأة بعينها لم له يكن أن يتزوج غيرها (كالمضارب) إذا قال له رب المال

(١) دون العبد – هامش .

ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع ، بخلاف الوكيل ،

اعمل مضاربة في البر مثلاً ليس له أن يعمل في غيره .

(ولنا أنه) أى أذن المولى (إسقاط الحق وفك الحجر على مـا بيناه) أى في أول كتاب المأذون (وعند ذلك) أى عند الاذن (يظهر مالكية العبد) فيصير كالمكاتب (فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص إذ ذاك تصرفـاً فيملك الغير ، فلا يجوز .

فان قلت ينتقض بالاذن . وفي النكاح فانه فك الحجر وإسقاط الحق ، فاذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة فليس له أن يتزوج بغيرها . قلت الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا فيملك الغير ،لان النكاح تصرف مملوك للمولى ، لانه لا يجوز لولي الرق إخراج العبدمن أهلية الولاية على نفسه ، فكانت الولاية للمولى ، وهذا أجاز أن يجبره عليه ،فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه ، فيتخصص بما خصه به .

فان قلت الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذنوقد يتضرر المولى بغيرماخصه من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في الخز دون البز . قلت هذا ضرر غـير محقق ، ولئن سلمنـا فله أن يدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك .

فان قلت العبد يتصرف في كسبه وهو مملوك للمولى فيصح التخصيص ، ألا ترى أنه لو استعار من آخر ثوباً ليرهنه فى دينه فان للمعير أن يرهن بالدراهم لا يملك رهنـه بالدنانير . قلت أما فى الشراء فـلا يستقيم لانه يتصرف فى ذمته ، وأما فى البيع . فنقول الكسب حصل بتصرفه فيكون له إلا فيا تعذر إبقاؤه له .

فان قلت إنه أزال الحجر فى حق تصرف خاص لانه نص عليه دون غيره قلت بلى، ولكن يوجب الرضى بتعطيل منافعه مطلقاً،ولا فرق بين أن تتعطل منافعه بهذا التصرف أو بتصرف آخر .

(بخلاف الوكيل) هذا يجوز أن يكون جواباً عن قوله كالمضارب ، لان المضارب

لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه . قـــال وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ، ومعنـــاه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لاهله ، وهذا لانه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام

وكيل الوكيل يستفيد الولاية من جهته (لانه يتصرف فى مال غيره فتثبت له الولايـة من جهته) أي من جهة الغير (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهـو ممانعة بالسنـــد ، أي لا نسلم أن حكم التصرف (وهو الملك واقع) للمولى بـــل هو واقـــع (للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضـــاء الدين والنفقة) بغـير إذن المولى (وما استغى عنه) المأذون له (يخلفه المالك فيه) أي في الذي استغنى عنه .

(قال) أي القدوري (وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون ، لأنه استخدام ومعناه) أي معنى قول القدوري وإن أذن له بشيء بعينـــه (أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لأهله) أي لأجل أن يكون رزقاً أو قوتاً لعياله ، وإنـــما فسر هكذا احترازاً عمـــا إذا علم أن مقصوده الاذن في ذلك ، فحينئذ يكون مأذوناً من التجارة ، كما إذا قال اشتر لي ثوباً وبعه ، فإن قوله بعه يدل على الاذن في التجارة(وهذا) توضيح لما ذكره (لأنه لو صار مأذوناً) أي لان العبد لو صار مأذوناً بإذنـــه في شيء بعينة (ينسد عليه) أى على المولى (باب الاستخدام) أى استخدام العبد في حوائجه لا قضاء به إلى من أمر عبده بشراء بفلسين كان مأذونـاً يصح إقراره بديون يستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال ، فحيئذ لا يستجرى أحد على استخدام عبد فيما أسند إليـه حاجته ، لأن غالب استعمال العبيد في شراء الاشياء الحقيرة .

فان قلت ما الحد الفاصل بين الاستخدام والاذن بالتجـــاره . قلت الاذن بالتصرف المكرر صريحاً مثل أن يقول اشتر لي ثوباً وبعه ، أو قال بع هـذا الثوب واشتر بثمنه أو

بخلاف ما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر كذا ، أو قال أد إلي ألفاً وأنت حر ، لانه طلب منه المال ولا يحصله إلا بالكسب أو قال له اقعد صباغاً أو قصاراً لانه أذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذوناً في الانواع قال وإقرار المأذون بالديون والمغصوب جائز وكذا بالودائع ، لان الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس

دلالة ، كما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر ، أو أد إلي ألفاً وأنت حر .

أشار إليه المصنف بقوله (بخلاف ما إذا قال) أى المولى لعبده (أد إلي الغلة كل شهر كذا) خمسة دراهم مثلا (وقال أد إلي ألفاً وأنت حر ، لانه طلب منه المال ولا يحصله) أى العبد لا يقدر على تحصيل المال (إلا بالكسب) فهو دلالة التكرار (أو قال أقعد صباغا أو قصاراً ، لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع) من الأنواع يتكرر بتكرار العمل المذكور (فيصير مأذناً في الأنواع) كلها أما إذا أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذناً .

فان قلت ينتقض بما إذا غصب العبد متاعاً وأمر هؤلاء ببيعه فان تخصيص بيع المغصوب إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . قلت إنه أمر بالعقد المكرر دلالة ، وذلك لأن تخصيصه بيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والإذن قد صدر منه صريحاً . فاذا بطل التقييد ظهر الإطلاق ، وكلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي رد الشخصي والإذن بالأول إذن دون الثاني فتأمل .

(قال) أي القدوري (وإقرار المأذون بالديون والمغصوب جائز) سواء صدقه المولى أو لا ، لأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان ، وعند الثلاثة يجوز إقراره بديون المعاملة فقط وإقراره بالغصب والاتلاف يصح إن صدقه المولى (وكذا بالودائع) أي وكذا يجوز إقراوه بالودائع والأمانات (لأن الأقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس

مبايعته ومعاملته . ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه .

قال وليس له أن يتزوج لأنـــه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه . وقال أبو يوسف « رح » يزوج الأمة لأنه تحصيل المـــال بمنافعها فأشبه إجارتها .

مبايعته ومعاملته) فلا يحصل المقصود (ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الاقرار في صحته) أي لا فرق في الاقرار في الحالتين (فاذا كان) أي الاقرار (في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء .

(بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة) كالكفالة والاستهلاك والارش والاقرار بالمهر . وإن كان بغير إذن المولى فانه لا يصدق فيه (لأنه كالمحجور في حقه) أي في حق ما يجب من المال لا بسبب التجارة . وفي المبسوط عبد مأذون غصب جارية بكراً أو قبضهما رجل في يده كان لمولاها أن يأخذ العبد بعقرها ، لأن الغائب بالاقتصاص جزء من ماليتها وهي مضمونة على العبد بجميع أجزائها والعبد مؤاخذ بضمان الغصب في الحال مأذونا أو محجوراً . ولو أقر العبد أنه وطىء جارية بنكاح بغير إذن مولاها فاقتصها فلم يصدق ، لأنه ليس من التجارة، فان وجوب العقد ها هنا باعتبار النكاح ، والنكاح ليس تجارة . وفي الايضاح لو أقر بجناية على عبد أو حر أو مهر وجب عليه بنكاح جائـــز أو فاسد ولو بشبهة ، فان إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق . أما لو أقر به يوجب القود حيث يصح ويقر له استيفاؤه ، وبه قال الشافعي ومالك . وقال أحمد ومحمد وزفر والمزني وداود لا يصح ، وقد مر في الإقرار .

(قال) أي القدوري (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس له أن يتزوج (لأنـــه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه) هذا عند أبي حنيفة والثلاثة (وقال أبو يوسف يزوج الأمة ، لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها) أي إجارة الأمة، والجامع تحصيل المال بالمنافع

ولهما أن الإذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة ، ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي . قال ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه ،

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن الإذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة) معناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال ، لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجارة وإنكاح الأمة ليس من ذلك (ولهذا) أي ولكون تزويج الامة ليس بتجارة (لا يملك تزويج العبد) لقرابته عن تحصيل المال بالكلية ، بل فيه تعذيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ويملكون تزويج الامة عند أبي يوسف ، وعندهما لا يملكون تزويجها أيضاً .

قال السغناقي رحمه الله في هذه الرواية نظر ، لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب، وكذا ذكره في المبسوط والتتمة ومختصر الكافي ، وما ذكر في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات . قيل يحتمل أن يكون في هذه المسألة روايتان . وقال الامام حسام الدين الأخسيكثي «رح» أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هاهنا .

(قال)أي القدوري (ولا يكاتب لانه) أي ولان عقد الكتابة (ليس بتجارة إذ هي) أي التجارة (مبادلة المال بالمال والبدل فيه) أي في عقد الكتابة (مقابل بفك الحجر)وهو ليس بمال وإن كان البدل مالاً (فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) أي إلا أن يجيز المولى عقد الكتابة والحال أنه لا دين على العبد ، لان المولى بإجازة عقد الكتابة يخرجه من أن يكون كسباً للمأذون وقيام الدين عليه يمنع من ذلك قل الدين أو كثر لتعلق حق الغرماء به ، ولهذا لو أخذه من يد المأذون وعليه دين قل أو كثر يمنع

لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً عنه ويرجع الحقوق إلى المولى ، لأن الوكيل في الكتابة سفير . قال ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى ولا يقرض لأنه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ، وكذا لا يتصدق لأن كل ذلك

منه (لان) على مذهب أبي حنيفة (المولى قد ملكه) أي قد ملك كسب العبد المأذون لانه خالص ملكه يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة (ويصير العبد نائباً عنه) أي عن المأذون في عقد الكتابة عند الاجازة (ويرجع الحقوق إلى المولى)وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق ، إذ حقوق العبد في باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل (لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهة ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أولا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة ، وها هنا ليس كذلك ، ويمكن أن يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب .

(قال ولا يعتق على مال ، لانه لا يملك الكتابة ، فالاعتاق أولى) لانه اعتاق في الحال ، وهذا إذا لم يكن يجيزالمولى ، أما إذا أجازه ولا دين على المأذون جاز لانه يملك انشاء العتق عليه ، فيملك الاجازة . وقبض المال إلى المولى دون المأذون ، وأما إذا كان على المأذون دين فأجاز العتق جاز وضمن القيمة للغرماء عندهما ، كما لو أنشأ العتق ولا سبيل للغرماء على العوض ، بخلاف الكتابة ، لان ما يؤديه كسب الحر وحق الغرماء غير متعلق بكسب الحر ، فأما بدل الكتابة فيؤديه في حال الرق فيتعلق به حق الغرماء (ولا يقرض لانه) أي لان الاقراض (تبرع محض كالهبة) إذ لو لم يكن كذلك لكان صرفاً بالنسيئة فيكون حراماً ، ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال اليتيم (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض) أما الاول فلأنه تبرع ابتداء . وأما الثاني فلأنه تبرع ابتداء وانتهاء .

(وكذا لا يتصدق) لان الصدقة تبرع محض (لان كل ذلك) أي كل المذكور

تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة . قال إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه ،

من الاقراض والهبة والصدقة (تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء) أى في كل حالة الابتداء وحالة الانتهاء ، وهذا يرجع إلى الاقراض والهبة بغير العوض والصدقة (أو ابتداء) أى أو تبرع بصريحه في حالة الابتداء ، وهذا يرجع إلى الهبة بعوض (فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة)أى إذا كان الامر كذلك فلا يدخل ما ذكر من الامور تحت الاذن في التجارة ، لانها ليست بتجارة .

(قال إلا أن يهدى اليسير من الطعام) هذ استثناء من قوله لا يهب ، وقيد الطعام ، يشير إلى أن هدي غير المأكولات لا يجوز أصلا ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك « رح » لا يملك ذلك أيضاً بغير إذن المولى ، لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه ، وكذا الضيافة اليسيرة عندهما . ولنا أنه ﷺ كان يجيب دعوة المملوك (أو يضيف من يطعمه) المراد الضيافة اليسيرة ، ولهذا قالوا إن الاهداء اليسير راجع إلى الضيافة . وفي الذخيرة له أن يتخذ الضيافة اليسيرة دون العظيمة ، لان اليسيرة من وضع التجار دون العظيمة . وقال محمد بن سلمة في الحد الفاصل بينهما ينظر إلى مقدار مال تجارته فان كان عشرة آلاف أو اتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً . ولو كان مال تجارته عشرة مثلا واتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيراً عرفاً .

وفي المغني الاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملك المأذون من اتخاذ الضيافة اليسيرة والهدية ويملك التصدق بالفلس والرغيف والفضة بما دون الدرهم ، لان ذلك من صنيع التجارة. وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب المأذون الكبير من الاصل ،قالوا أما قيم الدار وهي الزوجة أو الامة فانها تطعم وتتصدق بالمطعوم على الرسم والعادة من غير سرف وإن لم يأذن لها الزوج والمولى بذلك . وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه سئل هل يتصدق العبد قال بالرغيف ونحوه . وفي الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التصدق بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدراهم ويملك اتخاذ الضيافة والامر أو ليس هذا بمقدر بدرهم بل بما يعده

لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين ، بخلاف المحجور عليه ، لأنـــه لا إذن له أصلاً ، فكيف يثبت ما هو من ضروراته . وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعى بعض رفقائـــه على ذلك الطعام فلا بأس به . بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر بـــه المولى . قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه

الناس سرفاً ويملك الذى لا يعدونه سرفاً في المأكولات ، حتى لا يملك إلا هـــذا في غير المأكولات .

(لانه) أى لان كلا من الاهداء اليسير والضيافة اليسيرة (من ضرورات التجارة) أي من ضرورات الاذن في التجارة ، لان التاجر يحتاج إليه (استجلاباً لقلوب المجاهزين) أي لاجل استجلاب قلوب المجاهزين وهو جمع مجاهز بالجيم والزاى المعجمة، والمجاهز عند العامة الغني من التجار ، فكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به (بخلاف المحجور عليه ، لانه لا إذن له أصلا ، فكيف يثبت ما هـو من ضروراته) أى من ضرورات الاذن .

(وعن أبي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومـــه فدعى بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطـــاه قوت شهر ، لانهم لو أكلوه قبل الشهر لتضرر به المولى) لانه يحتاج إلى دفع قوت آخر ، فان لم يدفع يضيـع العبد وكل ذلك ضرر له .

(قالوا) أى المتأخرون من المشايخ (ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجهـا بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه) أى ويجوز الرغيف كالفلس وما دون الدرهم كالخميرة والبصل والملح ، وكذا الامة في بيت مولاها تطعم وتتصدق على الرسيم والعادة بـدون الاذن صريحاً للعرف والعادة .

لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة . قال وله أن يحـــط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لأنه من صنعهم ، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب ، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار . ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه .

فان قلت روى أبو أمامة رضي الله عنه أنه ﷺ قال في خطبته عام حجـة الوداع ولا تخرج المرأة من بيت زوجها لا قبل أو لا الطعام[1] فقال ﷺ الطعام أفضل أموالكم. قلت هذا محمول على الطعام المدخر الحنطة ودقيقها ، فأما غير المدخر فإنها تتصدق به على رسم العادة وفيه الإذن دلالة .

(لأن ذلك) أي التصدق بالشيء اليسير (غير ممنوع عنه في العادة) لأن العادة جرت بذلك من غير إنكار من الزوج والولي .

(قال) أي في الجامع الصغير (وله) أي وللمأذون (أن يحـط من الثمن بالعيب) يعني إذا ظهر عيب في المتاع الذي باعه ثم وقع الاتفاق على أن يحط من الثمن شيئاً فانـه يجوز له ولكن (مثل ما يحط التجار لأنه) أي لأن الحط بسبب الغبن(من صنيعهم) أي من صنع التجار . وعند الثلاثة لا يجوز الحط أصلا (وربمـــا يكون الحط أنظر له) أي للمأذون أي أكثر نظراً له (من قبول المعيب ابتداء، بخلاف ما إذا حط من غـــير عيب لأنـــه تبرع محض بعـــد تمام العقد وليس) أي الحط من غير عيب (من صنيع التجار) فلا يجوز .

(ولا كذلك المحاباة في الابتداء) يمكن أن يكون هذا جواباً عن سؤال مقـــدر تقديره إما أن يقال كيف جوزتم محاباة المأذون مع أن فيها حطاً من الثمن . فأجاب بقوله ولا كذلك بيع المحاباة في ابتداء الأمر (لأنه) أي لأن المأذون (قد يحتاج إليهـــا) أي المحاباة (على ما بيناه) يعني عند قوله ولو حابى في مرض موتـــه من جميع المال إلى قوله

---

(١) هكذا الحديث في الأصل .

وله أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه من عادة التجار . قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى. وقال زفر والشافعي « رح » لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع .

ولا وارث للعبد (وله) أي وللمأذون (أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه من عادة التجار) لأن التاجر قد يكون له على غير الجلى دين ، ولو لم يمهله وماليه لا يتمكن من الكسب ، وإن أمهله إيابا يتمكن من الكسب فيكون ذلك طريقاً لخروج دينه عادة .

(قال) أي القدوري (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي بغير رضى المولى بالاتفاق عند أصحابنا أما عندنا فظاهر ، لأن الحجر على المديون يجوز عندهما. وأما عند أبي حنيفة « رح » لا يجوز الحجر على المديون وجوز هاهنا والعذر له أنه ليس في هذا حجراً على المولى ، لأن المولى محجور عن بيعه قبل ذلك ، فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضاء الغرماء لا يقدر عليه . فكان هذا بمنزلة التركة المستغرقة بالدين ، فانه يبيع القاضي التركة على الورثة بغير رضاهم كقضاء الدين ، فكان هذا ولا يكون ذلك حجراً عليهم ، كذا في الذخيرة قيل معنى قوله يباع الغرماء ما يجبر القاضي المولى على البيع حتى يستقيم على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفيه نظر ، لأن رواية الذخيرة تدل على أن القاضي يبيعه بدون رضى المولى فلا حاجة إلى هذا المعنى ، فافهم (إلا أن يفديه المولى) فلا يباع حينئذ لحصول المقصود .

(وقال زفر والشافعي « رح » لا يباع) في الدين ويتعلق الدين الفاضل من كسبه بذمته يؤخذ بعد العتق ، كما لو استقرض بغير إذن سيده وبه قال أحمد يتعلق بذمة المولى لأنه لزمه بمفاوضة السيد فيجب عليه كالنفقة في النكاح (ويباع كسبه في دينه بالإجماع) كما في الحر المديون. وقال في الطريقة البرهانية وأجمعو على أن الرقبة تباع في الدين الإستهلاك. وقال الإمام علاء الدين العالم في طرفي الطريقة . قال علماؤنا ردقيمة العبد المأذون يباع بدين التجارة . وقال الشافعي لا يباع ثم قال وعلى هذا الخلاف –ادش– يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف إلى الدين وعنده لا يصرف. وقال الكرخي

لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الإستهلاك . والجامع

في مختصره قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ما يلحق المأذون من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية يجحوده شيئاً من ذلك أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو مهر اشتراها وطئها فاستحقت فذلك كله لازم له يباع فيه ، إلا أن تمدية مولاه فان بيع ذلك اقتسم غرماؤه ثمنه بالحصص على قدر ديونهم بإقرار كان لذلك من العبد أو بينته فأثبت ذلك عليه .

(لهما) أي لزفر والشافعي « رح » (أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان له) أي ليس غرضه تقويت مال ، لأنه إنما أذن به ليكتب مالاً من الخارج وليس غرضه أن يباح عند الأجل الدين (وذلك) أي غرض المولى حاصل (في تعليق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه) أي من كسبه (على الدين يحصل له) أي للمولى (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه يعني غرضه تعلق الدين بكسبه لا برقبته لما ذكرنا أن فيه تقويت مال قد كان .

(بخلاف دين الاستهلاك) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا استهلك شيئاً تعلق دينه برقبته تباع فيه ، فهذا كذلك . فأجاب بقوله بخلاف دين الإستهلاك (لأنه) أي الاستهلاك (نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن) إذ وجوبه بالجناية ، ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك ، وليس الكلام في ذلك ، وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن .

(ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته) أي برقبة العبد (استيفاء) أي لأجل الإستيفاء (كدين الإستهلاك والجامع) يعني دين الإستهلاك

دفع الضرر عن الناس ، وهـــذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن وتعلق الدين برقبتـه استيفاء حامـــل على المعـاملة فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيـع في ملكه

وبين الدين الذي ركبه الناس في تصرفاته (دفع الضرر عن الناس) فكما أنه يباع في دين الإستهلاك دفعاً الضرر ، فكذا يباع في الديون التي ركبه دفعاً الضرر (وهذا) اي دفع الضرر (لأن سببه) أي لأن سبب هذا الدين (التجارة) لأنه المفروض (وهـــي) أي التجارة (داخلة تحت الاذن) بلا خلاف ، فاذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء مكان إضرار لأن الكسب قـــد لا يوجد والمعتق كذلك فيؤدي حقوق الناس .

(ويتعلق الدين برقبته) جواب عن قولهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال إلى آخره ، وبيانه أن تعلق الدين برقبته (استيفاء حامل على المعاملة) يعني حامل للغير على أن يعامل معه ، لأن العاملين إذا عملوا ذلك يعاملون معه فتكثر المعاملة ويكثر الربح ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ،فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك(فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى) أراد بهذا الوجه هو الذي ذكره من قوله وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعامله . فان قيل لا يصلح أن يكون غرضاً لأنه يتضرر به ، والضرر لا يكون غرضاً ،

أجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه) أي في حق المولى (بدخول المبيع في ملكه) أي في ملك المولى ، وفيه إشكال وهو أن المبيـع إن كان باقياً وفيـــه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد ، وإن لم يكن باقياً أو كان وليس فيه وفاء بالديون لم يكن دخوله في ملكه دافعاً للضرر . وأجيب عنه بأن المراد مبيع قبضه المولى حـين لا دين على العبد ثم ركبته ديون ، فانه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً ولا ضمانه إن لم يكن ، بل يباع العبد بالدين ان اختار المولى ويكون المبيـع جائزاً لما فات من العبد وذكره في المغني.ولو أخذ المولى شيئاً من كسبه بلا دين عليه ، ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخـذ إن

وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة . وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والإستئجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها

كان قائماً وضمان إن كان مستهلكاً .

(وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة ، تقريره أن تعلق الدين بالكسب (لا ينافي تعلقه بالرقبة) لأنه لا منافاة بينهما (فيتعلق بهما) أي بالكسب والدين (غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى) نظراً للجانبين (وعند انعدامه) أي وعند انعدام الكسب (يستوفى من الرقبة) دفعاً للضرر عن الناس .

(وقوله) أي قول صاحب القدوري (في الكتاب) أي مختصر القدوري (ديونه المراد منه دين وجب بالنكاح[1] بأن تزوج أمرأة ثم وطئها ثم استحقت حيث وجب المهر عليه ولا يظهر ذلك في حق المولى، لأن وجوبه بالنكاح وهو ليس من التجارة . أما التزوج بإذن المولى يظهر في حقه تباع فيه ، كذا في المبسوط (أو بما هو في معناها) أي أو دين وجب بسبب ما لسبب معه التجارة (كالاجارة على ما يأتي البيع والشراء[2]) نظير دين التجارة (والاجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها) نظير ما هو في معنى التجارة ، وصورة الدين بالاجارة أن يؤاجر شيئاً ويقبض الأجرة ولم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة وجب عليه رد الأجرة ،

---

(١) التجارة — هامش .

(٢) كالبيع والشراء — هامش .

وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستنـــاده إلى الشراء فيلحق به . قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة، فصـــار كتعلقها

فان قلت ما معنى ذكر الأمانات بعد الودائع . قلت لأن الأمانة أعم من الوديعة كما في المضاربة والعارية والشركة والبضاعة ، وهذه الأشياء عند الجحود بهـا تنقلب غصبا ، فكان الزمان بهذه الأشياء ضمان غصب ، لأن الأمين يصير غاصباً للأمنة بالجحود .

(وما يجب من العقر) عطف على قوله كالبيع والشراء والإجارة ... إلى آخره ،أي ورد الذي يجب على المأذون المديون من العقر (بوطء المشتراة بعـــد الاستحقاق) أي وكالذي يجب على المأذون من العقر ، ويجوز أن يكون وما يجب مبتدأة ، ويكون قوله فيلحق به خبره ودخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، أي فيلحق بالمذكور في كونه ديناً وجب بما هو في معنى التجارة ، فعلى الوجه الأول يكون محل، وما يجب جراً لأنه عطف على المجرور تكون الفاء في قوله فيلحق بـه جواب شرط محذوف ، أي إذا كان كذلك فيلحق به بأن اشترى جارية فاستحقت ثم وطئها فإنه يجب عليه العقر (لاستناده) أي لاستناد وجوب العقر (إلى الشراء فيلحق) إذ لولا الشراء لوجب الحد فيضاف وجوب العقر إلى الشراء فيكون حكمه كحكمه .

بخلاف ما إذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت ، لأن وجوب المهر بالنكاح وهو ليس بتجارة. وكذلك يؤاخذ بضمان عقد الدابة واحتراق الثوب في الحال وتباع رقبته فيه. وقيل هذا محمول على ما إذا أخذ الدابة أو الثوب أولاً حتى يصير غاصباً بالأخذ ، ثم عقـــر الدابة وحرق الثوب . وأما إذا عقرها أو حرقه قبل القبض فينبغي على قول أبي يوسف أن لا يؤاخذ به في الحال ، وتباع رقبته فيه ، كذا في الذخيرة .

(قال) أي القدوري (ويقسم ثمنه بينهم) يعني إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء (بالحصص لتعلق حقهم) أي حق الغرماء (بالرقبة) أي برقبـــة العبد (فصار كتعلقها) الضمير يرجع إلى الحق ، فإنما أنثه باعتبار الحقوق ، لأن لكل غريم حقاً فصار

بالتركة . فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به . ولا يباع ثانياً كيلا يمتنع البيع أو دفعاً للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة ،

تقديره كتعلق حقوق الغرماء (بالتركة) أي بتركة الميت ، فإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إبقاء حقوق الغرماء .

(فان فضل شيء من ديونه) يعني إن بقي شيء من ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) أي بالفاضل من الدين لا سبيل لهم عليه، لأنه صار ملكاً للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانياً) أي لا يباع العبد ثاني مرة إذا لم يف ثمن المأذون بالديون (كيلا يمتنع البيع) الأول إذ لو علم المشتري أنه يباع عليه لا يشتريه فيمتنع البيع الأول فيتضرر الغرماء (أو دفعاً للضرر عن المشتري) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن وصياً ببيعه بسبب الدين فله بيع عليه مع ذلك تضرر به ، ولا يلزم مع لو اشتراه البائع الإذن فإنه لا يباع عليه ثانياً وإن كان راضياً بالبيع ، لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات . بخلاف دين نفقة المرأة ، فانه يباع فيها مرة بعد أخرى ، لأنها تجب شيئاً فشيئاً ، بخلاف المهر فانه إذا بيع في مهر ولم يف الثمن لا يباع ثانياً [1] بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي .

(ويتعلق دينه) أي دين المأذون بسبب التجاره (بكسبه سواء حصل) أي الكسب (قبل لحوق الدين أو بعده) وهذا إشارة إلى بيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ، فالكسب الذي ينزعه المولى عن يده يتعلق به الدين ،سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده (ويتعلق) أي دين المأذون (بما يقبل من الهبة) أو الصدقة قبل لحوق الدين وبعد،

---

(١) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءه .

لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له ، وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

وبه قال الشافعي في الأصح . وقال زفر رحمه الله إلا به وبه قال الشافعي في قول والهبة للمولى لا حق للغرماء فيها ، لأنها ليست من التجارة وجوب الدين عليه بسبب التجارة فكانت كسائر أملاك المولى . ألا ترى أنها لو ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد .

(لأن المولى إنما يخلفه) أي إنما يخلف عبد المأذون (في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع ، وكالوارث فانه لا يملك شيئاً من التركة إلا بشرط الفراغ من دينه . بخلاف الولد لأنه ليس من كسبها كما أن نفسها ليست من كسبها فكذا الولد ، لأنه حر متولد من عينها فالحق يتعلق بكسبها ، حتى لو لحق الدين ثم ولدت يتعلق ، لأن نفسها تباع في الدين ، فكذا ولدها (ولا يتعلق) أي الدين (بماانتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له) أي للمولى وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك ، فانه إذا لم يكن على العبد دين فما أخذه المولى منه يكون خالص ملكه ويلحق بسائر أموال المولى لاحق لغيره فيه .

فان قلت يشكل بما إذا كان على العبد دين خمسمائة وله ألف واحدةمع المولىثم لحقه دين خمسمائة أخرى فإنه يسترد الألف من المولى وإن كان أخذ الخمسمائة قبل لحوق الدين. قلت كل واحد من الخمسمائة صالح لأداء الدين فيكون أخذ المولى الألف بغير حق فيؤخذ منه، وعند الأخذ هنا لا دين عليه .

(وله) أي للمولى (أن يأخذ غلة مثله) أي غلة مثل العبد ، يعني يأخذ من مثله من الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر ، والغلة ما يحصل من زرع أرض أو كراها أو اجرة غلام أو نحو ذلك ، يقال أغلت الضنيعة فهي مغلة (بعد الدين)أي بعد لزوم الدين عليه كما كان يأخذها قبل ذلك استحساناً . وفي القياس لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى في الكسب . وجه الإستحسان أن في ذلك نفع الغرماء إن حقهم يتعلق بما كسبه ولا

لأنه لو لم يمكنه منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب ، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم . قال فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهـــل سوقه ، لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقـــد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه

يحصل الكسب لابقاء الإذن في التجارة .

(لأنه) أي لأن المولى (لو لم يمكن منه) أي من أخذ الغلة (يحجر عليه) أي على العبد (فلا يحصل الكسب) فيتضرر الغرمـــاء (والزيادة على غلة المثل) أي مثل العبد الغني إذا أخذ منه مالا يكون غلة مثله (يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيهـــا) أي الزيادة ، لأنه لا بعد ذلك من باب تحصيل الغلة (وتقدم حقهم) أي ولتقدم حق الغرمـــاء في تلك الزيادة .

(قال) أي القدوري (وإن حجر عليه) أي على عبد المأذون (لم ينحجر) أي لا يصير محجوراً (حتى يظهر حجره فيما بين أهل سوقه ، لأنه لو انحجر) يعني بمجرد الحجر (لتضرر الناس به لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه) لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذه المولى ، وإن لحقه دين أقام البينة إنه كان قد حجر عليه فيتاجر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم (وقدبايعوه على رجاء ذلك) أي على رجاء تعلق حقهم برقبته أو كسبه ، فيكون على الإذن إلى أن يعلم حجره .

(ويشترط علم أكثر أهل سوقه) لأن في تبليغ العزل الجميع حرجاً عظيماً ليس في وسع المولى ، والتكليف بحسب الوسع . وقال الشافعي يصلح الحجر بغير علم العبد وأهل السوق كما في عزل الوكيل ، لأن الإذن عنه نيابة كالوكالة ، وبه قال مالك وأحمد «رح» وفي الذخيرة اشتراط علم أكثر أهل السوق بحجره في الحجر القصدي ، أما لو ثبت الحجر ضمناً لا يشترط علمهم ولا علم واحد منهم ، حتى لو باع المولى العبد المأذون ينحجر ضمناً لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمي في الوكيل .

حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيــه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر . ولو بايعوه جــاز ، وإن بايعه الذي علم بحجره . ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل ، كما في تبليغ الرسالة من الرسل «عم» ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمـــه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به ، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً ،

(حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه) أي والحــال أنه ليس في السوق (إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز) لأنه غير محجور عليه (وإن بايعه الذي علم بحجره) أن هذه للوصل ، لأن صحة الحجر التشهير ولم يوجد ، إذ المشروط لا يثبت بدون شرطه ، لأن الحجر ضد الإذن ، فكما أن الاذن لا يقبل التخصيص فكذا الحجر ، بخلاف خطاب الشرع إذا علم بحجر واحد حيث لا يقدر في تركه لأنه حكمه يثبت في حــق من علم به ويقبل التخصيص .

(ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقــه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك) أو الشيوع والاشتهار (مقام الظهور) أي في ظهور الحجر (عند الكل) دفعاً للحرج (كما في تبليغ الرسالة من الرسل صلوات الله وسلامه عليهم) فان الشيوع والاستشهار فيهـــا ، فيقام مقام الظهور عند جميع الناس ، فلذلك لزم الكل الايمان بهم ، والامتثال بأوامرهم (ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل) إذا عزل يبقى على وكالته (إذا لم يعلم بالعزل) لأن في انعزاله قبل العلم ضرراً فاحشاً (وهذا) أي بقاؤه على الاذن إلى العلم بالعزل (لأنه يتضرر بـــه) أي لأن العبد يتضرر بالعزل المذكور (حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي بــه) أي العبد مارضي بلزوم الدين عليه (وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعـــاً) لئلا

أما إذا لم يعلم بـــه إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر ، لأنه لا ضرر فيه . قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه ، لأن الاذن غير لازم ، وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ، هـــذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء وهـي تنعـــدم بالموت والجنون ، وكذا باللحوق لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته . قال وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي يبقى مأذونـاً ،

يتضرر لما قلنا (أما إذا لم يعلم به) أي بالإذن (إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه) أي ثم حجر المولى عليه حجراً متلبساً بعلم من العبد (ينحجر لأنه لا ضرر فيه) .

(قال) أي القدوري (ولو مات المولى أو جن) المراد الجنون المطبق ، حتى إذا لم يكن مطلقاً بأن يجن ويفيق لا ينحجر . واختلفوا في المطبق فقال محمد مأذون الشهر غير مطبق ، وشهراً فصاعداً مطبق ، ثم رجع وقال مأذون السنة غير مطبق ، وما فوقهـــا مطبق . وعن أبي يوسف أكثر السنة فصاعداً مطبق ، وما دونه لا (أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه ، لأن الإذن غير لازم) ولهذا يملك المولى إبطاله (وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء) وفي الابتداء اشتراط أهليـــة المولى للإذن ، فكذا في البقاء ثم بهذه الأشياء تنعدم الأهليـــة فكان محجوراً (هذا هو الأصل) أشار به إلى قوله وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامــه حكم الابتداء (فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي) أي أهليـــة الإذن (تنعدم بالموت والجنون ، وكذا باللحوق ، لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته) فلا يقسم المال بين الورثة إلا بموت المورث إما حقيقة أو حكماً .

(قال) أي القدوري (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه. وقال الشافعي يبقى مأذوناً)

لأن الاباق لا ينافي إبتداء الاذن ، فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغاصب . ولنا أن الاباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الاذن ، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها. وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر . قال وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها

فلا ينحجر . وقال مالك وأحمد وهو قول زفر « رح » أيضاً ذكره في المبسوط (لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن) حتى لو أذن الآبق يجوز لأن الإذن باعتبار ملكه ، ولا يختل ذلك بالإباق (فكذا لا ينافي البقاء) يعني يبقى إذنه بعد إباقه (وصار كالغاصب) يعني إن المولى لو أذن للعبد المغصوب يصح ، ولو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن ، كذلك هاهنا .

(ولنا أن الإباق حجر دلالة) لأن الإذن مقيد دلالة بشرط قدرة المولى على قضاء ديونه من كسبه ، وهو معنى قوله (لأنه) أي لأن المولى (إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه) أي دين العبد (بكسبه) لو لحقه الدين ، ولما أبق لا يتمكن من ذلك لجواز إتلاف العبد الاكتساب عند وجود الصريح .

(بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أي الحجر يكون هنا دلالة ، ولا اعتبار للدلالة عند التصريح بخلافها (وبخلاف الغصب ، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) باستدعاء القاضي أو السلطان عليه ، حتى لو لم يمكن الانتزاع من يده بأن جحد الغاصب ولا بينة لا يصح ابتداء الإذن ولا بقاؤه ، ذكره في الذخيرة . وإن عاد من الإباق هل يعود الإذن ، لم يذكره محمد « رح » ، والصحيح أنه لا يعود .

(قال) أي القدوري (وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) أي

خلافاً لزفر «رح» وهو يعتبر البقاء بالابتداء . ولنا أن الظاهر أنـــه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة ، بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة ، ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لاتلافه محلاً تعلق بـــه حق الغرماء ، إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم . قال وإذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ما جرت بتحصين

الاستيلاد حجر على الأمة . قال المحبوبي تأويل المسألة إذا استولدها من غير تصريح الإذن ، حتى لو قال بعد الاستيلاد لا أزيد الحجر عليها لا تنحجر (خلافاً لزفر ، هو يعتبر البقاء بالابتداء) يعني زفر يعتبر البقاء بالابتداء، أو يعني إذا أذن لأم الولد ابتداء يجوز ، فكذا إذا صارت الأمة أم ولد وهو القياس ، وهو قول الثلاثة أيضاً .

(ولنا أن الظاهر انه يحصنها) أي أن المولى يحصن الأمة (بعد الولادة) فلا يريـد خروجها واختلاطها بالناس (فيكون دلالة الحجر عادة) أي فيكون تحصنه إياها دلالة الحجر عليها من حيث العادة ودلالة العادة معتبر عند عدم الصريح ، بخلاف ما ترى أن تقدم المائدة بين يدي إنسان يجعل إذناً في التناول عرفاً وعادة . قال فأما اذا قال بعـد التقديم لا تأكل لم يكن ذلك إذناً ، كذا في المبسوط (بخلاف الابتداء ، لأن الصريـح قاض على الدلالة) يعني بخلاف ما إذا أذن لأم الولد ابتداء حيث يجوز ، لأنه صريح فلا اعتبار للدلالة عندنا .

(ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به) أي بالاستيلاد (يمتنع البيـع ، وبه) أي وبالبيـع (يقضى حقهم) أي حق الغرماء .

(قال) أي القدوري ومحمد في الجامع الصغير (وإذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها) قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليهـــا (فدبرها المولى فهو مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر، إذ العادة ما جرت بتحصين

المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضاً ، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد . قال فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة « رح » ، ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يجوز إقراره . لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر ،

المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضاً) أي حكم الاذن والتدبير ، لأن بالتدبير يثبت حق العتق وإن كان حق العتق لا يؤثر في مكان الحجر عليه (والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد) أشار به إلى قوله لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء .

(قال) أي القدوري (فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة « رح») يعني إقراره لغير مولاه بما في يده، لأنه لو أقر باستهلاك رقبته لا يجوز بالاجماع ، حتى إذا لم يف ما في يده لاتباع رقبته بالاجماع ولا فيما انتزعه المولى من يده قبل الحجر ، وكذا لو كان دينه وقت الاذن مستغرقاً لما في يده فأقر بعد حجره بدين آخر لا يصدق بالاجماع . وكذا لو كان الحجر عليه بسبب بيع المولى ثم أقر في يد المشتري بدين عليه لا يصدق بالاجماع . وكذا لو كان في يد كسبه عبد بالاحتطاب والاصطياد ونحوهما مما هو ليس بتجارة لا يصدق بالاجماع (ومعناه) أي معنى قول القدوري فإقراره جائز (أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده) إنما فسر بهذا التفسير لأن مطلق الاقرار بما في يده أي أقيم منه المغصوب والديون لا الأمانات ، فلهذا أقدم ذكر الأمانة تبين أن المراد منه التفهم . قوله فيقضى مما في يده ، أي يقضى للمقر له من الذي في يده .

(وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يجوز إقراره) وبه قالت الثلاثة ، ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه (لهما أن المصحح لاقراره إن كان هو الاذن فقد زال بالحجر ،

وإن كان اليد فالحجر أبطلها ، لان يد المحجور غير معتبرة . وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر . وله أن المصحح هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده ، واليد باقية حقيقة ، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها ،

وإن كان اليد فالحجر أبطلها) أي اليد (لأن يد المحجور غير معتبرة) شرعا .

فإن قيل لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنها لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة في المبسوط . ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء . أجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد ، أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه ، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد .

(وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره) أي حكم إقراره بما في يده لغير المولى ، كما إذا أخذ المولى ... إلى آخره حيث لا يسمع إقراره فيه بالاتفاق (أو ثبت حجره بالبيع من غيره) أي أو صار كما إذا ثبت حجر العبد ببيعه مولاه من غيره فإنه لا يصح إقراره أيضاً (ولهذا) توضيح لما قبله (لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر) يعني إذا أقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الاقرار في حق الرقبة ، حتى لا يباع به بالاتفاق .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن المصحح) لاقراره (هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد) أي يد العبد (باقية حقيقة) وهو ظاهر ، لأن الكلام في الاقرار بما في يده (وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته) أي شرط بطلان اليد بالحجر من حيث الحكم فراغ اليد عن حاجته (وإقراره دليل تحققها) أي تحقق الحاجة .

بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً ، فلا تبطل بإقراره ، وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه . وهـــذا بخلاف ما إذا باعه ، لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف ، فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ،

ولقائل أن يقول دليل تحقق الحاجة مطلقاً أو عند صحتـه ، والأول ممنوع ، الثاني مسلم ، ولكن صحة هذا الإقرار في خير النزاع فلا يصح أخذ في الدليل . والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح .

فإن قيل لو كان إقراره دليل تحقيقها يصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار . أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً . أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يـده ، وأما حكماً فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره ، لأنه أقر بما ليس في يده أصلا وهو باطل .

(بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار) هذا وما بعده إشارة إلى جواب عما استشهد أبو يوسف ومحمد « رح » به من المسائل الاتفاقية (لأن يد المولى ثابتة حقيقة) وهو ظاهر ، لأنه في يده وهو ملكه (وحكماً) وهو أنه قبضه قبل ظهور الدين (فلا تبطل) أي يد المولى (بإقراره) أي بإقرار العبد (وكذا ملكه ثابت في رقبته فـــلا يبطل باقراره من غير رضاه) أي من غير رضى المولى إذ لا يد للعبد في رقبته بعد الحجر (وهذا) أي ماذكرنا من الحكم (بخلاف ما إذا باعه) أي باع المأذون وفي يده كسب فأقر فانه لا يصح (لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك) أي لأنه صار كعبد آخر لتجدد الملك ، فصار بمنزلة شخص آخر يحكم بتبدل الملك (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها فهو لها صدقة ولنا هدية ، فان الحكم فيه تبدل بتبدل الملك على ما عرف في موضعـه (فلا يبقى) أي إذا كان الأمر كذلك لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه (ما ثبت بحكم الملك) أي ما ثبت

ولهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع . قال وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ، ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته . لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ، ولهذا يملك اعتاقه

له من حكم الاذن الذي كان ثابتاً عليه للمولى بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم إبقاء الاذن .

(ولهذا) توضيح لتبدل العبد بتبدل الملك (لم يكن) للعبد (خصماً فيما باشره قبل البيع)أي لم يكن خصماً في حقوق عقد باشره عند الأول قبل بيعه من التسلم والتسليم والرد بالعيب ، وإن كان خصماً فيها بعد الحجر قبل البيع ، وعلى هذا إذا حجر المأذون وفي يده ألف فاقر بعدما أذن له ثابتاً بألف لا يلزمـــه في الاذن الأول قضى من ذلك الألف عنده ، وعندهما هذا الألف للمولى ويصح هذا الاقرار فيؤمر المولى بقضاء دين أو يباع. وفي الاسرار وعلى هذا الخلاف إذا حجر الصبي المأذون وفي يده كسب فيقر بـه يصح عنده خلافاً لهما .

(قال) أي القدوري (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى مافي يده) بأن كان قيمته ألفاً فاشترى عبداً يساوي ألفاً وعليه ألفا درهم ، قيـد بقوله تحيط بماله ورقبته ، لأنه إذا لم يحط بشيء من ذلك يملك المولى ما في يده وينفذ عتقه بالاجماع على ما يجيء في الكتاب وإذا أحاط بماله دون رقبته لم يذكره في الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز .

(ولوأعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة . وقالا يملك ما في يده ويعتق) أي قال أبو يوسف ومحمد « رح » يملك المولى ما في يده وينفذ عتقه ، وبه قالت الثلاثة (وعليه قيمته) أي على المولى قيمة العبد الغرماء لتعلق حقهم به (لأنـــه وجد سبب الملك في كسبه ، وهـو) أي سبب الملك في الكسب (ملك رقبته) لأن ملك الأصل علة ملك الفرع (ولهذا) أي ولأجل وجود سبب الملك (يملك) المولى (اعتاقها) أي الرقبـة .

ووطء الجارية المأذون لها ، وهذا آية كماله . بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظراً للمورث ، والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته ، أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد . وله أن الملك للمولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على

وفي بعض النسخ اعتاقه ، أي العبد المأذون (ووطء الجارية المأذون لها) بالغصب ، أي ويملك وطء الجارية التي أذن لها . ألا ترى أن المولى إذا وطيء جارية عبده المأذون فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه ، وإن كان عليه دين يحيط بالإجماع ولا يغرم عقرها ، ولو لم يملك ينبغي أن يغرم عقرها (وهذا) أي نفوذ اعتاقه وحل وطئه (آية كماله) أي علامة كمال الملك ، لأن الوطء لا يكون إلا في الملك الكامل ، وكذلك العتق .

(بخلاف الوارث) جواب عما يقال سلمنا ذلك ، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين ، فانها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث . فأجاب بقوله بخلاف الوارث إذا أعتق عبداً من التركة وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ (لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث) بايصال ماله إلى أقرب الناس إليه ، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب ، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته ، بل الرعاية (والنظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو عدم ثبوت الملك له (عند إحاطة الدين بتركته) وذلك لأن قضاء الدين فرض عليه وهو حائل بينه وبين ربه ، والميراث بأصله . وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات فإن الملك ولا عتق في غير الملك (أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد) حتى يراعى ذلك بعدم العتق ، حتى يقضى دينه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (لأن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجة العبد) لأنه متصرف لنفسه وقضيته أن يقع الكسب له وقوعه للمولى على سبيل الخلاف عنه ، فكان من شرطه فراغه عن حاجته ، ولهذا لو امتنع عن الإنفاق على عهده أمر بالاكتساب والإنفاق على نفسه ورد ما فضل من حاجته إلى سيده (كملك الوارث على

ما قررناه والمحيط بــه الدين مشغول بها فلا يحلفه فيه . وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته . وإذا نفــذ عندهما يضمن قيمتــه للغرماء لتعلق حقهم بـه . قال وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جــاز عتقـه في قولهم جميعـاً ، أمـا عندهما فظاهر ، وكذا

ما قررناه) يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه في قوله ويتعلق الدين بكسبه (والمحيط به الدين مشغول بها) يعني الذي المال أحاط به الدين مشغول بالحاجة (فلا يحلفه فيه) أي فلا يخلف المولى العبد في المحيط به الدين ، يعني كما أن الدين المحيط بالتركــة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى ، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المــال ، فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق ، لأن المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك ، بــل منافاة المــوت أظهر . والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق .

(وإذا عرف ثبوت الملك) عندهما (وعدمه) أي عــدم ثبوت الملك عنده عرف العتيق وعدمه لكونه من فرعه ، أشار إليه بقوله (فالعتق فريعته) أي فريعــة الملك ، فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ، ومن لم يقل به أبطله وكذا لو قال هذا ابني يثبت نسبه إن كان مجهول النسب عندهما ويعتق ، وعنده لا يثبت ولا يعتق . وكــذا لو قتل عبد المأذون يغرم قيمته في ثلاث فإن عنده لأنه لم يملكه فصار كقتل عبد لأجنبي فكان ضمان جناية وعندهما يغرم قيمته للحال ، لأنه لو قتل بعد أو تعلق به حق الغرماء فيضمن حالهم للحال ، والفريع بضم الفاء تصغير فرعه ، أشار بهذه البينة إلى القلة ، بينها على أن ثبوت الملك له فزرع كثيره وإن العتق فلا يسر منه فافهم . (وإذا نفذ) أي العتق (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (يضمن قيمته للغرماء) أي يضمن المولى قيمة العبد للغرماء (لتعلق حقهم به) أي بالعبد .

(قال وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه) أي عتق المولى عبد عبده والمأذون (في قولهم جميعاً ، أما عندهما فظاهر) لأن المولى عندهما يملك يده على ما مر (وكذا

عنده لأنه لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه. قال وإن باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالأجني عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه. وإن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقه. بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة «رح»

عنده) أي وكذا يعتق عند أبي حنيفة (لأنه لا يعرى عن قليله) أي عن قليل الدين (فلو جعل) أي قليل الدين (مانعاً) هو ملك المولى ما في يد المأذون (لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن) وهو الانتفاع بكسبه (ولهذا) أي ولاجل ذلك (لا يمنع) أي قليل الدين (ملك الوارث) إذا كان على الميت قليل من الدين (والمستغرق يمنعه) أي الدين المستغرق للتركة يمنع ملك الوارث، لان حقهم بعد وفاء الدين وهو حق الميت فيقدم، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» في رواية. وقال في قول وأحمد «رح» في رواية لا يمنع استغراق التركة بالدين ملك الوارث، وبه قال مالك. وذكر في المحيط أن هذا قول أبي حنيفة الاول على ما سيجيء إن شاء الله تعالى.

(قال) أي القدوري (وإن باع) أي العبد المأذون الذي لزمته الديون (من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، لانه كالاجني عن كسبه) أي لان المولى كالاجني عن كسب العبد المأذون المديون (إذا كان عليه دين يحيط بكسبه) وهذا لو أتلف المولى ماله وأعتقه يضمن، وعليه قيمته، وهذا القيد يفيد انه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه من المولى شيئاً ولا يبيع المولى منه شيئاً حتى لا يثبت فيه الشفعة.

(وإن باعه بنقصان لم يجز) أي عند أبي حنيفة «رح» سواء كان النقصان يسيراً أو فاحشاً وعندهما يجوز ويخير المولى على ما يجيء (لانه) أي لان العبد (متهم في حقه) أي في حق المولى بميله إليه عادة (بخلاف ما إذا حابى الاجنبي عند أبي حنيفة) حيث

لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده

يجوز مطلقاً (لانه لا تهمة فيه) أي فيما إذا حابى الاجنبي . فان قلت قد تكون التهمة فيه موجودة . قلت هو موهوم ، لان مجرد الاحتمال لا يعتبر ، وإنما المعتبر هو الاحتمال الناشىء عن الدليل .

(وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) يروى بالواو وبدونها . قال السغناقي هذا متعلق بأول المسألة وهو قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح،لانه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو . وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا جاز الاجنبي ، أي أنه يجوز في كل حال ، أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة، أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال ، وهذاأوجه ، ولكن النسخة بالواو وباباه قبل ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لان المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، ولا يرجع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه ، حتى يحتاج إلى الجواب . والظاهر عدم الواو يجعله متعلقاً بأول المسألة . وفي الكلام تعقيد وتقدير كلامه هكذا

وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز ، لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ... إلى آخره ، ثم يذكر بعد ذلك قوله وإن باع المريض بنقصان لم يجز ... إلى آخره . قلت الأوجه ما ذكره تاج الشريعة أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض نقص على أصل المسألة ، وهو أن بيع المأذون من المولى بمثل القيمة جائز . ولو باع المريض من الوارث بمثل القيمة لا يجوز . قلت ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو، لأنه أول مسألة تورد نقصاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي ، لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ، ومع الأجنبي جاز ، وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقص على بيع

لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته ، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا . وقالا إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع . وعلى المذهبين اليسير من المحابـــاة والفاحش سواء . ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر من الغرماء ، وبهذا يندفـــع الضرر عنهم ، وهذا

المريض من الأجنبي بالمحاباة ، فأدخل الواو فدفع هذا الوهم .

(لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه) أي بعين مـــال الميت (حتى كان لأحدهم الاستخلاص من الغرماء بأداء قيمته) إلى الغرماء (أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا) أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث .

(قالا) أبويوسف ومحمد (إن باعـــه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة) بإيصال الثمن الى تمام القيمة (وان شاء نقض البيع) وتخصيصها الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ ، قيل والصحيح أنه قول الكل، لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع ، فـــلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي (وعلى المذهبين) أي مذهـــب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه وهذا اعتراض بين الحكم والدليل لبيـــان تساوي المحاباة باليسير والكثير ، فإن على مذهب أبي حنيفة (اليسير من المحاباة والفاحش سواء) حتى اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز ، فلا تخيير ، وعلى مذهبها يجـــوز ، ولكن خير المولى بين تتميم القيمة أو نقض البيع .

(ووجه ذلك) أو وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عـــن البيع بالنقصان (لدفع الضرر من الغرماء ، وبهذا) أي بالتخيير (يندفع الضرر عنهم) أي عن الغرماء

---

(١) هنا كلمة غير واضحة ورسمها نضر .

بخلاف البيـــع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة ، حيث يجوز ، ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر بـــه ، لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها.

وبخلاف ما إذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما ، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ، لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي ، وهو إذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء ، وهذا أن الفرقان على أصلهما

(وهذا) أي الذي ذكرنا من الجواز والتخيير (بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة ، حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به ، لان البيع باليسير منها) أي من المحاباة ، هكذا هو في كتاب تاج الشريعة . وفي بقيـــة الشروح منهما ، أي من المولى والاجنبي (متردد بين التبرع والبيع) أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة، وأما البيع (لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه) أي اعتبرنا حكم هذا العقد (تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع) أي حال كونه (في حق الاجنبي لانعدامها) أي لانعدام التهمة.

(وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة، لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له لا يجوز على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي وهـــو اذن) أي المولى اذن وهو فاعل من الاذن (بمباشرته بنفسه ، غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء) وذلك لاجل الضرر (وهذا أن الفرقان على أصلهما) أي الفرق بـين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيره حيث يؤمر الاول بإزالتها دون الاجنبي ، والفرق بينهما في الكثير حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي أصلا، ويجوز مع المولى. ويؤمر بإزالته في بعض النسخ،

قال وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع ، لان المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ، ولانه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة ، فإن سلم إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن ، لان حق

وهذا الفرقان بلفظ الإفراد على وزن فعلان بضم كغفران مصدر بمعنى الفرق ، فتكون النون مرفوعة . وعلى الوجه الأول النون مكسورة لأنها نون التثنية فتكسر على ماعرف قال في النهاية والأول أصح لوجود هذين العرفين على قولهما ،وكونه مثبتاً في النسخ المصححة ،وانما قال على أصلهما لأن أبا حنيفة لم يجوزها، والبيع من المولى إلا بالغبن اليسير ولا بالفاحش لا يحتاج إلى هذا من الفريقين ، وإنما يحتاج في فرق واحد بين البيع من الأجنبي بالغش الفاحش حيث جاز عنده ، وبين البيع من المولى حيث لا يجوز ، والفرق ما ذكر في الكتاب .

(قال) أي القدوري (وإن باعه المولى) أي إن باع المولى من عبد المأذون المديون المستغرق (شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) بالإجماع (لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه) في هذا الكتاب (ولا تهمة في هذا البيع ، ولأنه مفيد ، فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه) أي في كسبه (ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة) أراد جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فإنه يخرج من كسب العبد الى ملك المولى ما كان المولى ممنوعاً منه قبل ذلك لحق الغرماء ، ويدخل في كسب العبد ما لم يكن تعلق به حق ، وهذا الذي ذكره جميعه يمشي على قول الكل غير قوله ، لأن المولى أجنبي عن كسبه ، فان عندهما غير أجنبي على ما عرف

(فان سلم) المبيع (إليه) أي الى العبد (قبل قبض الثمن بطل الثمن ، لأن حق

المولى في العين من حيث الجنس ، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ، ولا يستوجبه المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً ، لانه يتعين ، وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين . قال وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز ، لان البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين .

المولى) ثابت (في العين من حيث الجنس) لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع ، والثابت في العين من حيث الجنس سقط بالتسلم فحق المولى سقط به (فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين) لكونه في مقابلة العين (ولا يستوجبه المولى على عبده) أي لا يستحق المولى ديناً على عبده ، حتى لو أتلف شيئاً من ماله لم يضمن . وفي المبسوط هذا ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف هذا إذا استهلك العبد المقبوض ، فان كان قائماً في يده للمولى أن يسترده حتى يستوفي الثمن من العبد .

(بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين) أي حينئذ المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء ، لأنه بالعقد ملك العرض بعينه (وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين) وهو في يد عبده وهو أحق من الغرماء ، كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده .

(قال وإن أمسكه في يده) أي إن حبس المولى البيع (حتى يستوفي الثمن جاز ، لأن البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا) أي ولأجل ذلك (كان أخص به من سائر الغرماء) إذا كان المبيع قائماً في يده ، وفائدة كونه أخص أنه إذا مات المشتري قبل أداء الثمن يكون البائع أولى بالمبيع من غيره ، كالرهن في يد المرتهن إذا مات الراهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء (وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين) هذا جواب عما يقال أنتم قلتم أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً فقد استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله .

وتقرير الجواب أن يقال يجوز أن يكون للمولى حق في الدين إذا تعلق بالعين

ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع كما بينا في جانب العبد ، لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء . قال وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز ، لان ملكه فيه باق ، والمولى ضامن بقيمته للغرماء ، لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ، لان الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما

كالمكاتب ، فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته ، وهذا لأن المبيع قبل التسليم يزيل العين عند ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن ، فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي ، وبالدين من حيث تعلقه بالعين .

(ولو باعه) أي ولو باع المولى من عبد المأذون شيئاً (بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة) سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة (أوينقض البيع كما بينا في جانب العبد، لأن الزياده تعلق بها حق الغرماء) أشار بقوله كما بينا الى قوله ويخير المولى بازالة المحاباة الى آخره ، فالمصنف أطلق لفظ المحاباة بينهما من غير ذكر خلاف هذا دفع في اختيار صاحب المبسوط من الأصح . وأما على رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز أصلا عند أبي حنيفة « رح » فلا يرد التخيير عنده ، وعندهما يجوز البيع مع التخيير . وفي الكافي ولا يحتمل أن يكون المبيع فاسداً عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول .

(قال) أي القدوري (وإذا أعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز)أي والحال أن عليه ديون لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال فعتقه ، أي اتلافه جائز ، ولا نعلم فيه خلاف (لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء ، لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه) أي من جهة بيع العبد ومن جهة استيفاء الديون من ثمن العبد ، فاذا كان كذلك فانه يضمن قيمته بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين ، أو لم يعلم به (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ، لأن الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما

كان ، فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير ، لان حقهم بقدره .
بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما ، وقد ركبتهما
ديون ، لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع ، فلم
يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً . قال فإن باعه المولى وعليه
دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه ، فإن شاء الغرماء ضمنوا
البائع قيمته ، وإن شاءوا ضمنوا المشتري ،

كان) انتصاب ضماناً على التميز ، أي من حيث الضمان (فان كان) أي الدين (أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره) أي لان حق الغرماء بقدر الدين .

(بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون) حيث لا ضمان عليه (لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع) أي من حيث استيفاء الدين بواسطة البيع ، لانهما لا يقبلان النقل من ملك إلى ملك (فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً) .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان باعه المولى) أى فان باع المولى العبد المأذون له بثمن لا يفي بديون الغرماء بدون إذنهم (وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) أى والحال أن المأذون عليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه) قيد بقوله وغيبه لان الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع، إلا أن يقضي المولى ديونهم ، فاذا لم يقدروا على العبد (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاؤوا ضمنوا المشتري) هذا الخيار إن كان الثمن أقل من القيمة ، أما إذا كان كثيراً أو مساوياً فلا خيار لهم ، وهذا الضمان أيضاً إذا كان البيع بغير إذن القاضي وبغير إذن الغرماء والدين حال والثمن لا يفي بديونهم ، حتى لو باعه بإذنهم أو باذن القاضي أو الدين مؤجل أو بقي الثمن بديونهم لا ضمان على المولى في هذه الوجوه .

فان قلت حق الغرماء لحق المرتهن ، وذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين

لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب ، فيخيرون في التضمين،وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن ، لان الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق

حالاً أو مؤجلا . قلت ليس كذلك إذ للمرتهن في الرهن ملك اليد وذلك قائم مقام التأصل في الدين ، وبه يعجز الراهن عن التسليم وليس للغرماء حق ملك اليد في المأذون ولا في كسبه ، وإنما لهم عن المطالبة بقضاء الدين وذلك متأخر إلى حلول الأجل .

فان قلت لم يجب على المالي الضمان بالبيع ، لأن حقهم في ذلك ، والمولى دفع المؤنة عنهم فصار كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء ما ليس لهم أن يضمنوه . قلت حق الغرماء في بيع التركة لا غير . أما ها هنا ليس لهم أن يبيعوه لجواز أن لا يصل اليهم حقهم بتقدير البيع .

(لان العبد تملق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم) فحينئذ ليس لهم أن يبيعوه لوصولهم إلى حقهم (والبائع) وهو المولى (متلف حقهم بالبيع والتسليم) أي متلف حق الغرماء ببيع العبد الذي تعلق به حقهم والتسليم إلى المشتري (والمشتري بالقبض والتغييب) أى والمشترى متلف أيضاً بقبض العبد وتغييبه إياه (فيخيرون في التضمين) أى إذا كان الأمر كذلك تخير الغرماء في تضمين البائع أو المشترى .

(وإن شاؤوا أجازوا البيع) هذا يدل على أن هذا البيع كان موقوفاً. وقال قاضي خان وهذا البيع قبل اجازة الغرماء فاسد وليس بموقوف فعله على المأذون (وأخذوا الثمن ، لان الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان ، فكذا اذا أجازوا .

فان قلت بشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ، ثم ان أجازوا المكفول له لا يرجع الكفيل عليه . قلت لانها لا تحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك

كما في المرهون ، فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد ، لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة ، كذا هذا . قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه

ها هنا ، فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء ، فاذا وجدت أثر في اللزوم .

(كما في المرهون) يعني الراهن اذا باع الرهن بلا اذن المرتهن ، ثم أجاز المرتهن البيع يجوز فكذا هاهنا ، لان الاذن في الإنتهاء كالإذن في الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته) أى ان ضمن الغرماء المولى البائع قيمة العبد الذى باعه (ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة) على الغرماء (ويكون حق الغرماء في العبد ، لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم) قال الفقيه أبو الليث « رح » يعني اذا قبله بقضاء القاضي ، لان القاضي لما رده فقد فسخ العقد فيما بينهما فعاد الى الحال الاول .

(وصار كالغاصب) أى صار المولى هنا كالغاصب (اذا باع) العين المغصوبة (وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة) أى كان للغاصب أن يرد العين التي باعها وردت عليه بالعيب على المالك ويأخذ منه القيمة التي دفعها اليه بسبب الضمان (كذا هذا) أى كالغاصب البائع أو حكم البائع كحكم الغاصب .

(قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين) أي قال محمد في الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في عبد الرجل عليه دين باعه من رجل وأعلمه بالدين وقبض الرجل ثم جاء الغرماء قال لهم أن يردوا البيع ، وإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم ، انتهى . قوله وأعلمه أى المشتري بأن قال هذا عبد مديون ، وفائدة الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ، حتى يقع البيع لازماً فيما بينهما وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء إذا لم يكن في ثمنه وفاء دينهم (فللغرماء

بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفي كل واحد منهما فائدة ، فالاول تام مؤخر ، والثاني ناقص معجل ، وبالبيع يفوت هذه الخيرة ، فلهذا لهم أن يردوه ، قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل لا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم .

أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) أى من رقبة العبد بالاستسعاء ، وينبغي أن تقدر كلمة به بعد قوله من رقبته ، أى بالإستسعاء كما ذكرنا .

(وفي كل واحد منهما) أى من الإستسعاء والإستيفاء (فائدة ، فالأول) أى الإستسعاء (تام مؤخر) يعني أجل (والثاني) أى البيع (ناقص معجل ، وبالبيع يفوت هذه الخيرة) أى الخيار (فلهذا لهم أن يردوه) هي فلأجل ما ذكرنا للغرماء أن يردوا البيع.

(وقالوا) أى المشايخ (تأويله) أى تأويل قول محمد « رح » لهم أن يردوا البيع (إذا لم يصل إليهم الثمن) بأن لا يفي الثمن بديونهم ، لأنه كان لهم حق الاستسعاء إلى أن تصل إليهم ديونهم ، ولهذا البيع لا يمكنهم الاستسعاء ، فكان لهم أن ينقضوا البيع (فإن وصل) أى الثمن إليهم (ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه) أى البيع (لوصول حقهم إليهم) قيل في عبارته تسامح ، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع ، لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ، ولأن الرد للإستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بإسقاط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر ، لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع ، فانهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم ، وكان فيه محاباة .

ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع ، معناه أن الثمن بقي بديونهم بدليل قوله تعالى . والثاني ناقص معجل فانه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون .

قال فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ، معناه إذا أنكر الدين ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم ، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له . وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة

فان قيل إذا باع المولى عبد الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للرد ، فما بال هذا لا يكون مختاراً لقضاء الديون من ماله . أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى ، فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه . وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع ، ولا إعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق . فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة سنة بالتبرع فلا يلزمه . وفيه نظر ، لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة . الجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه .

(قال فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري)أي البائع والمولى(معناه) أي معنى قول محمد « رح » وإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري (إذا أنكر) أي المشتري (الدين) قيد به لأنه لو أقر المشترى بدينهم وصدقهم فلهم نقضه بلا خلاف إذا لم يف الثمن بديونهم ، ذكره المحبوبي . وكذا لو كان المشترى غائباً والبائع حاضراً فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف ، ذكره في المبسوط(وهذا) أي عدم كون الخصومة بينهم وبين المشترى (عند أبي حنيفة ومحمد « رح »).

(وقال أبو يوسف « رح » المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم) أي يقضى للغرماء بدينهم (وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً) لها شفيع (ووهبها)الرجل (وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما) أي عن أبي حنيفة ومحمد « رح » (خلافاً له) أي لأبي يوسف (وعنهما) أي عن أبي حنيفة ومحمد (مثل قوله)

لأبي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

أي مثل قول أبي يوسف (في مسألة الشفعة) بأن يكون الموهوب له خصماً . وهذا رواية ابن سماعة « رح » .

(لأبي يوسف أنه) أى المشترى (يدعى الملك لنفسه) لأنه ممسك للعين ، فكل من أمسك الشيء لنفسه يكون مالكاً (فيكون خصماً لكل من ينازعه) ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبداً شراء فاسداً فجاء رجل فادعى أن العبد له فالمشترى خصم ، لأنه في يده وهو مالك ، فكذا هذا .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما)أى البائع والمشترى (فيكون الفسخ قضاء على الغائب) فلا يجوز ، لأن الحاضر ليس بخصم عنه .

فان قلت يشكل بما إذا ادعى رجل الملك على ذى اليد وهو يقول اشتريت من فلان الغائب ، فان ذا اليد يكون خصماً ، وان كان القضاء على المشترى قضاء على الغائب . قلت فيما أوردت له يصير فسخاً ، لأنه لما أقام المدعي البينة على الملك ظهران البيع الذي جرى بين الغائب وبين ذي اليد لم يكن بيعاً لكونه ملك المدعي ، ولا كذلك هاهنا ، لأن البيع من المولى بالقضاء بالرد قضاء على الغائب وعلى المولى بالفسخ أو كقضاء على الغائب لا يجوز .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في كتاب الشفعة رجل اشترى داراً فوهبها لآخر وغاب المشتري بعدما قبضها الموهوب له فالموهوب له خصم للشفيع في قول أبي يوسف ويقضى له بها وبالثمن وتبطل الهبة ويستوثق من الثمن ، وكذلك لو باعها المشتري أخذ الشفيع إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الآخر . وقال محمد ليس بين الشفيع وبين الموهوب له والمتصدق عليه خصومة حتى يحضر المشتري وكذلك بالبيع

قال ومن قدم مصراً فقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ، لانه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه جائز ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره ، والعمل بالظاهر هو الاصل

إن أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول ، وإن أرادها بالبيع الثاني فالمشتري الآخر خصم ، وهذا تسليم للشفعة من الشفيع في البيع الأول .

قال الشيخ أبو المعين ولم يذكر محمد « رح » في الجامع قول أبي حنيفة واختلف المشايخ فيه . قال مشايخ بلخ قوله مع أبي يوسف فيجعل قول أبي يوسف ما أمكن وها هنا الإمكان ثابت ، لأنه لم ينص محمد على خلاف ذلك قال مشايخ العراق لا بل قوله مع محمد ، لان ابن سماعة ذكر في نوادره هذه المسألة . وذكر قول أبي حنيفة مع محمد « ر ح » .

(قال ومن قدم مصراً) أي قال محمد في الجامع الصغير ، إنما قال ومن قدم ولم يقل وإذا قدم عبد مصراً لانه لا يعلم كونه عبداً إلا بقوله وإنما ذكر مصراً لانه لم يرد به مصراً معيناً ، وإنما أراد مصراً من الامصار (وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك ، وهذا إقرار منه على نفسه ، والثاني أنه أخبر أنه مأذون في التجارة ، وهذا إقرار من المولى ، وإقراره عليه ليس بحجة .

وجه الاستحسان هو قوله (لانه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه) أشار بهذا إلى أن المسألة على وجهين ، أحدهما أنه يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل ، والقياس أن لا يصدق وبه قالت الثلاثة .

والوجه الآخر هو قوله (وإن لم يخبر) أي لم يقل أن مولاه أذن له ، بل باع واشترى (فتصرفه جائز ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل) أي فتصرفه دليل أنه مأذون فيه ، والقياس أن لا يثبت وبه قال الشافعي

في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس ، إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه ، لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه ، فإن حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل .

« رح » في وجه ، إذ الظاهر أن المحجور يجبر على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل (في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن الناس بحاجة إلى قبول قوله ، لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبد في التجارة ، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين ليشهد عند كل تصرف انه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى . والقياس أن يشترط عدالة المخبر ، لأن خبر العدل حجة . وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى .

(إلا أنه لا يباع) استثناء من قوله ألزمه كل شيء ، ومعناه لأنه إذا لم يكن في كسبه وفاء يباع في الدين (حتى يحضر مولاه ، لانه لا يقبل قوله في الرقبة ، لأنه خالص حق المولى) لان بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة ، ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه ، فكانت الرقبة خالص حق المولى ، وحينئذ جاز أن يكون مأذوناً ولا يباع .

(بخلاف الكسب) حيث يقبض الدين منه ، لان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة (لانه) أى الكسب (حق العبد على ما بيناه) أشار به إلى قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال أن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر) أى المولى (وقال هو مأذون بيع في الدين) يعني إذ لم يقض المولى دينه (لانه ظهر الدين في حق المولى) أى بقوله أنه مأذون وحكم المأذون أنه يباع في الدين .

(وإن قال هو محجور فالقول قوله) أى قول المولى مع يمينه (لانه متمسك

فصـــل

وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء

بالاصل) وهو عدم الاذن واذا أقامت الغرماء البينة أنه اذن له فحينئذ يبـاع، لان دعوى العبد الإذن عليه كدعوى العتق والكتابة ، فـلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة . وفي مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده اذا قامت الغرماء البينة أنه مأذون له ولعبد يحجر والمولى غائب لا يقبل بينهم حتى لا يباع رقبة العبد بالدين ، لانها قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر وان أقر العبد بالدين فباع القاضي اكسابـه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن فان القاضى كلف الغرماء البينة على الاذن، فان[1] والا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن اكساب العبد ولا ينقض البيوع التي جرت من القاضى في كسبه ، لان للقاضي ولاية في بيع مـال الغائب ويؤخر حقوق الغرماء الى أن يعتق العبد .

(فصل)

لما فرغ عن بيـان أحكام العبد في الاذن شرع في أحكام اذن الصغير وقدم الاول لكثرة وقوعه .

(واذا أذن ولي الصبي للصبي)وهو ابوه أو جده أو وصيهما أو نحوهم (في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون) في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذوناً بالسكون وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد (اذا كان يعقل البيع والشراء) أى يعرفان البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعرف الغبن اليسير والفاحش ، وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلفها ، كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » في مبسوطه وبعضهم قال معناه

(١) هنا كلام غير مقروء - ولعله « أقاموا البينة » .

حتى ينفذ تصرفه، وقال الشافعي « رح » لا ينفذ، لان حجره لصباه فيبقى ببقائه، ولانه مو لى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فـــلا يكون والياً للمنافاة، فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة، لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على أصله

أن يعرف البيع ويقف على قيم الأشياء على وجه لو سئل عن قيمة شيء يقرب في تقويمه ولا يجازف فإن كان هكذا فالظاهر أنه لا يغبن فيكون كالبالغ فيصح إذنه في التجارة والا فلا، كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي (حتى ينفـــذ تصرفه) برفع الذال .

(وقال الشافعي «رح» لاينفذ) أى تصرفه بإذنه، وبه قال مالك وأحمد في روايه. وقال أحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي في وجه كقولنا (لأن حجره لصباه) أى لان حجر الصبي لأجل صبي نفسه (فيبقى ببقائه) أى فيبقى الحجر ببقاء الصبي وبقـاء العلة تستلزم المعلول لا محالة، بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه، بل لحق المولى وهو بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ .

(ولأنه) أى ولأن الصبي (مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه) يعني في ماله بعد الإذن (ويملك حجره) أى الحجر عليه (فلا يكون) أى الصبي (والياً للمنافاة) أى بين كونه والياً وبين كونه مولياً عليه، لأن كونه مولياً عليه سمة العجز وكونه والياً سمة القدرة (وصار) أى صار تصرف الصبي (كالطلاق والعتاق) حيث لا يصحـــان منه، وان أذن له الولي .

(بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنه) أى لان كل واحـد من الصوم والصلاة (لا يقام بالولي) فيصحان منه (وكذا الوصية) أى وكذا تصح الوصيه منه لصحة الصوم والصلاة (على أصله) أراد به على أصل الشافعي رحمه الله، فان من أصله أن كل تصرف يتحقق من المولى لا يصح بمباشرة الصبي، لأن تصرفه بسبب الضرورة ولا ضرورة فيما يتصرف فيه الولي، وكل تصرف لا يتحقق بمباشرة الولي يصح تصرفه فيه بنفسه،

فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه ، أما البيع والشراء يتولاه الولي ، فلا ضرورة ها هنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على مـــا عرف تقريره في

فلهذاتعتبر وصية بأعمال البر واحسان الابوين ولا يتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله برأى الولي ، وهذا يصح الشافعي اسلامه بنفسه لتحقق اسلامه باسلام أحد أبويه ، كـــذا في المبسوط (فتحققت الضرورة) أي اذا كان كذلك فتحققت للضرورة (الى تنفيذه منه) أي الى تنفيذ التصرف الذي لا يتحقق بمباشرة المولى منه ، أي من الصبي (أما البيع والشراء يتولاه المولي فلا ضرورة هاهنا) ولا يصح تصرفه فيه .

(ولنا أن التصرف المشروع) بقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ مطلقاً من غيرفضل بين البائع والصبي (صدر من أهله) لكونه عاقلاً مميزاً يعلم أن البيع سالب ، وان الشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش (في محله) لكون المبيع مالاً متقوماً (عن ولايـة شرعية) لكونه ضرر عن اذن وليه والى له هذا التصرف ، فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن بـه فصدورهما من الصبيلا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك .

فان قلت لا نسلم أنه أهل وهذا لان مجرد العقل والتميز لا يكفي ، بل بالبلوغ شرط يصير أهلا اذ الشخص انما يصير أهلا للتصرف بكمال الحال وحال الانسان لا يكمل قبل البلوغ ، وهذا لا يتوجه عليه خطابات الشرع ، لان العقل والتمييز اللذين يعرف بهما الاشياء أمر باطن ، ولذلك يتفاوت في نفسه فأقيم البلوغ مقامه فلا يعتبر وجود العقل في الصبي . قلت العقل وحده يكفي لثبوت الاهلية لانه به تحصيل معرفة الاشياء الا أن الصبي مظنة المرحمة ، وبالخطاب يتضرر وصحة العبارة نفع محض ، اذ الآدمي شرف على غيره بها . والخلاف في الصحة لان المذهب عندنا أن الصبي اذا باع مالهانعقد ويتوقفعلى الاجازة كالراهن يبيع المرهون ينعقد ويتوقف على اجازة المرتهن .

(فوجب تنفيذه) أي إذا كان كذلك فوجب تنفيذ التصرفالذي لا يتحقق بمباشرة الولي بتصرف الصبي كما قال (على ما عرف تقريره في الخلافيات) أي تقرير الخلافالذي

الخلافيات ، والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال . بخلاف الطلاق والعتاق لانه

بيننا وبين الشافعي رحمه الله في هذه المسألة .

[قد وجد في هذا المحل بياض قدر ثلاث أسطر] [1]

(والصبا سبب الحجر) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » ، لأن حجره لصباه . وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير ، أشار إليه بقوله (لعدم الهداية) أي إلى التصرفات ، فصار كالعبد في كون حجره لغيره (لا لذاته) لكونه أهلا ، فإذا انضم إلى رأي الولي صار هو والبائع سواء فيترجح جانب النفع على جانب الضر ، بل هذا أقرب لأنه تصرف حضره رايان، فكان أقرب إلى النظر الذي حضره واحد فلا يبقى الضرر فيرتفع الحجر (وقد ثبتت) أي الهداية إلى التصرفات (نظراً إلى إذن الولي) لأنه لو لم يعلم أنه هاد في أمور التجارة لما أذن له (وبقاء ولايته) يرفع بقاء على الابتداء، وخبره قوله (لنظر الصبي) أي بقاء ولاية الولي بعد الإذن نظراً للصبي ، وهذا جواب ما يقال ثبتت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً .

وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك للنظر له ، فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ، وفي الاعتبار كلامه في التصرف نفع محض (لاستيفاء المصلحة بطريقين) أي بمباشرة وليه له ومباشرة نفسه ، فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره (واحتمال تبدل الحال) بالجر عطفاً على قوله لاستيفاء المصلحة ، أي ولاحتمال تبدل حال الصبي من الهداية إلى غيرها ، فأبقينا ولاية الولي لتدارك ذلك .

(بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله صار كالطلاق والعتاق (لأنه) أي لأن

---

(١) هكذا وجد في الأصل ، وثلاث أسطر تساوي حوالي خمسة أسطر تقريباً في هذه الطبعة اه مصححه .

صار محض فلا يؤهل له . والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله ، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً . وصحة التصرف في نفسه ، وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه

كل واحد من الطلاق والعتاق (صار محض ، فلا يؤهل[1] له) أي فلم يجعل الصبا أهل الضار المحض ، أي التصرف فيه (والنافع المحض) بالرفع مبتدأ (كقبول الهبة والصدقة) مثال النافع المحض (يؤهل له) خبر المبتدأ ، أى يجعل الصبي أهلا له ،أي للنافع المحض، سواء كان (قبل الاذن) أو بعده ، فــلا يتوقف على الاذن (والبيع والشراء) البيع مبتدأ أيضاً ، والشراء عطف عليه . وقوله (دائر بين النفع والضرر) فان قلت المبتدأ شيئان والمشتري واحد والتطابق شرط . قلت تقديره وكل واحـــد من البيع والشراء دائر ، أى متردد بين البيع على اعتبار الربح ، والضرر على اعتبار الخسران .

(فيجعل أهلا له بعد الاذن لا قبله) أى إذا كان كذلك يجعل الصبا أهلا لهذا النوع من التصرفات بعد إذن الولي لا قبله ، أى إذا كان كذلك يجعل الصبا أهل لهذا النوع من التصرفات (لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه) هذا جواب عما يقـال أنتم ما عملتم بجهة كونه ضاراً، فكان ينبغي أن لا يجوز. وتقريره أنه إنا وقفناه قبل الاذن(على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً) فإن أحد المحتملين (وصحة التصرف في نفسه) بجر صحة ، أى ولصحة التصرف في نفسه ، لأن مشروع صدر من أهله في محله .

فان قيل إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعاً محضاً كقبول الهبة ، فيجب نفوده بلا توقف . أجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع كالجزئيات الواقعة اتفاقا .

(وذكر الولي في الكتاب) أى في مختصر القدوري ، أراد به ما ذكره بقوله وإذا أذن ولي الصبي (ينتظم الأب والجد عند عدمه) أى عند عدم الأب ، وليس المراد بــه

---

(١) فلم يؤهل — هامش .

والوصي والقاضي والوالي . بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة .

الترتيب ، لأن وصي الأب مقدم على الجد (والوصي) بالنصب ، أى وينتظم الولي، أى وصي الأب ووصي الجد (والقاضي والوالي) بالنصب أيضاً ، أى وينتظم الوالي . وفي المبسوط وليه أبوه ثم وصيه ثم جده أبو الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي ، فأما الإمام أو وصيها فلا ولاية لهما عليه ،فلا يصح الاذن منهما ولايقال وصي الأم باع العروض التي ورث الضيعة من أمه يجوز ، لأن ذلك من باب الحفظ على الأم الميتة وعلى الصغير ، لا لأنه تجارة . حتى لو اشترى شيئاً آخر لليتيم لا يجوز ، كذا في الذخيرة . وعند الثلاثة وصي الصبي والمجنون والأب ثم الجد وإن عدما فالسلطان . وفي شرح الطحاوى وفي الصغير أبوه ووصي أبيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي جده وصية ثم القاضي ومن نصيبه القاضي سواء كان الصغير في عيال هؤلاء أو لم يكن .

(بخلاف صاحب الشرط) بريد به أمير البلدة كأمير بخارى ، فكان الوالي أكبر منه ، لأن له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط . وقوله الشرط بضم الشين المعجمة وفتح الراء وهو جمع شرطة بضم الشين وسكون الراء والشرطة خيـــار الجند ، وأول كتيبة تحضر الحرب . وفي العباب الشرطي والشرطة واحد الشرط ، قال الأصمعي سموا بذلك لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها . وقال أبو عبيدة سموا شرطاً لأنهم أعدوا والشرطة أول طائفة من الجيش تحضر الوقعة . قلت أصل ذلك من الشرط بفتحتين، وهو العلامة ، منه أشراط الساعة ، أي علاماتها .

(لأنه) أي لأن الشأن (ليس إليه) أي إلى صاحب الشرط (تقليد القضاة) والوالي إليه تقليد القضاة ، فكان أكبر منه ، فلذلك ينتظمه حكم الولاية ، لأنه يلي التصرفات على البابين ، بخلاف صاحب الشرط فإنه فوض إليه أمر خاص . قلت فعلى هــذا لا تكون الولاية في مصر إلا للسلطان ، لأن له التصرف العام بخلاف غيره من الحــكام ، لأن كل منهم يفوض إليه في أمر خاص إلا القضاة ، فإنه يفوض إليهم سائر الأحكام الشرعيــة ،

والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح والتشبيه بالعبد المأذون يقيدان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذوناً بالسكوت

فكذلك لا تكون الولاية في البلاد الشامية إلا للقضاة خاصة ، اللهم إلا قلد إلى أحدمن نوابها الكبار تقليد القضاة .

(والشرط أن يعقل) الصبي (كون البيع سالباً للملك جالباً للربح) وقد مر بيان هذا الشرط (والتشبيه بالعبد المأذون) أراد تشبيه الصبي بالعبد المأذون في قوله وهو في البيع والشراء كالعبد المأذون (يقيدان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه)أي في حق الصبي لا يقال يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم ، فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي ، لأنا نقول إن ذلك من الحجار المولى وعدم الحجار [1] المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي ، وبأن دين الصبي لكونه حراً يتعلق بذمته لا بمال ، فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقاً ، ويصح إقراره بعد الإذن بما كسبه عيناً كان أو ديناً لوليه ولغيره ولانفكاك الحجر عنه ، فكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المتعدية نوع الولاية القائمة والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي ، فكيف أفادته ذلك بأذنه. والجواب أنه إفادة من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها.

(لأن الإذن فك الحجر، والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً،فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع) أراد أن المأذون له في التصرف إنما يتصرف بأهلية نفسه فيستوي فيه العبد والصبي ، فإذا استويا في ذلك فلا يتقيد تصرفهما في نوع دون نوع لما مر فيما مضى (ويصير) أي الصبي (مأذوناً بالسكوت) بأن يراه وليه يبيع أو يشتري فيسكت ، فإنه أذن له ، لكن هذا في الأب والجد والوصي لا في القاضي ، ألا ترى إلى

---

(١) هكذا الكلام في الأصل ولعلها انحجار وعدم انحجار .

كما في العبد ويصح إقراره بما في يده من كسبه ، وكذا بمورثه في ظاهر الرواية كما يصح إقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته ، كما في العبد

ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه أو عبد الصغير يبيع ويشتري فسكت لا يكون إذناً في التجارة (كما في العبد) إذا رآه مولاه يبيع فسكت فإنه يكون مأذوناً .

(ويصح إقراره بما في يده من كسبه) أي يصح إقرار الصبي بعد الإذن بما هو كسبه عيناً كان أو ديناً لوليه ولغير وليه لانفكاك الحجر عنه ، فكان كالبالغين ، وأراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف إفادة ذلك بإذنه . والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بمورثه) أي كذا يصح إقراره بمورثه بأن أقر بشيء من تركة أبيه لإنسان (في ظاهر الرواية) احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إقراره بذلك ، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث . وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين ، ولهذانفذأبو حنيفة « رح » بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين ، فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونه مالية (كما يصح إقرار العبد) بعد الاذن لانفكاك الحجر عنه .

(ولا يملك تزويج عبده) أي ولا يملك تزويج عبده . قيد بالعبد ، لأن عدم جواز تزويجه بالاجماع أما في عدم تجويز أمته خلاف بين أبي حنيفة ومحمد ، وبين أبي يوسف فعنده يملك تزويج أمته ، لأن فيه تحصيل المال ، وعندهما لا يملكه لأن النكاح ليس من عقود التجارة فلا يملك كالعبدالمأذون(ولا كتابته كمافيالعبد) أي ولا يملك كتابة عبد أيضاً كما في العبد المأذون .

فان قيل الأب والوصي يملكان الكتابة في عبد الصبي فينبغي أن يملكها الصبي بعد الإذن . قلت الإذن يتناول ما كان من صيغ التجارة ، والكتابة ليست منه .

والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه ، وحكمه حكم الصبي والله أعلم

(والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي) يعني الجواب فيه كالجواب في الصبي المميز والانعام فيه خلاف . وفي الذخيرة المعتوه الذي يعقل البيع والشراء كالصبي إذا بلغ معتوهاً ، أما إذا بلغ عاقلا ثم عتقه فأذن له الولي في التجارة هل يصح إذنه ، فقال أبو بكر البلخي لا يصح إذنه قياساً ، وهو قول أبي يوسف ، ويصح استحساناً هو قول محمد، وهذا بخلاف ما لو أعتقه الاب أو جن فإنه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله إنما يثبت له ولاية التزويج لا غير . وقال شيخ الإسلام ولي الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة بمنزلة الصبي الذي يعقل ، لأنه ناقص العقل وإن كان لا يعقل فهو مجنون ، فيكون بمنزلة الصبي الذي لا يعقل . ولو أذن المعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة ابنه كان باطلا مولى عليه فلا يلي على غيره (يصير مأذوناً بإذن الأب والوصي والجد دون غيرهم) من الأقارب كالابن والمعتوه (على ما بيناه) أشار به إلى قوله وذكر المولى في الكتاب ينتظم الأب والجد إلى أخذه (وحكمه حكم الصبي والله أعلم) أي حكم المعتوه كحكم الصبي إذا بلغ معتوها كما ذكرنا .

فوائد : موت الأب أو وصيه حجر على الصبي ، كذا في شرح الكافي ، ولو كان القاضي أذن للصبي أو للمعتوه في التجارة ثم عزل القاضي أو مات فهما على إذنهما . وقال خواهر زاده في مبسوطه إذا كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد لأب فرأى القاضي أن يأذن للصبي أو للمعتوه في التجارة فأذن له وأبى أبوه فإذنه جائز ، وإن كان ولاية للقاضي على الصغير مؤخر من ولاية الأب والوصي لأب الأب لا يصير عاضلا له فتنقل الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح إذا عضل انتقلت الولاية إلى القاضي، فان حجر عليه أحد من هؤلاء بعد ذلك فحجره باطل ، وإن حجر عليه هذا القاضي بعدما عزل لا يعمل لعدم ولاية القضاء ، وإن حجر القاضي أو الذي قام مقامه عمل حجره والله أعلم بالصواب .

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للإستعمال فيه بين أهل اللغة . وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه

(كتاب الغصب)

إيراده عقيب كتاب الإذن لكونه من أنواع التجارة في المستقبل ، ألا ترى أن إقرار المأذون لما صح بدون غيرها صح بديون التجارة دون غيرها صح بدون الغصب ولم يصح بدين الغصب ولم يصح بدين الحر لكون الأول من التجارة دون الثاني ، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً . قيل وجه المناسبة التقابل ، لأن المأذون يتصرف بالاذن الشرعي الغاصب بخلافه ، فلذلك قدم كتاب المأذون عليه لانه مشروع دون الغصب .

(الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب) أي أخذ الشيء ظلماً وقهراً ، تقول غصبه منه وغصبه عليه بمعنى ، قيل وغصبه إياه أيضاً ، والشيء أغصب ومغصوب . قلت قولهم شيء غصب تسميته بالمصدر فهذا الذى ذكره يتناول متقوماً وغير متقوم ، يقال غصب زوجة فلان وحر فلان (للاستعمال فيه بين أهل اللغة) أي استعمال لفظ الغصب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب .

(وفي الشريعة أخذ مال) أي الغصب في اصطلاح الشريعة أخذ مال ، وهذا بمنزلة الجنس للحد وباقي قيوده كالفصل ، لانه يتناول المحدود وغيره . وقوله (متقوم) احترازاً عن الخمر . وقوله (محترم) احترازاً عن مال الحربي فإنه غير محترم . وقوله (بغير إذن المالك) احترازاً عما إذا أخذه باذن مالكه ، فانه لا يسمى غصباً . وقوله (على وجه

يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمـــل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط

يزيل يده) أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا ، لان الشرط عندنا إزالة اليد الحقيقية واثبات المبطلة. وعند الثلاثة يبقى فيه اثبات اليد المبطلة، وعلى هذا تخرج المسائل على ما نذكرها إن شاء الله تعالى . غير أن إزالة اليد الحقـــة بالنقل والتحويل .

وعندهم اثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة ، فيكفي فيهـــا الركوب ، وفي الفراش الجلوس عليه . وفي العقار الغصب يتحقق عندهم بالدخول وإزعاج المالك حتى لو أزعج ولم يدخل لم يضمن . ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن، والضعيف إذا دخل دار القوي وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن ، كذا في الذخيرة وشرحه. وقال الناطفي في كتاب الاجناس الغصب عبارة عن إيقاع فعل فيما يمكن نقله بغير إذن مالكه على وجه يتعلق به الضمان بذلك عليه من منع رجلا من دخول داره وثم يمكنه من أخـذ ماله لم يكن غاصباً بذلك لعدم المعنى الذي ذكرناه ، وإن كان حال بينه وبين ماله أو إن نقل ماله عن موضعه صار غاصباً .

(حتى كان استخدام العبد) هذه إشارة إلى بيان مظهر فائدة التعريف الذي عرف الغصب به ، أي حتى يكون على ما ذكرنا استخدام العبد (وحمل الدابة غصباً) لان فيه إزالة يد الملك (دون الجلوس على البساط) يعني لا يكون غصباً لعدم إزالة يـد المالك . وعند الثلاثة يكون هذا غصباً على ما ذكرنا من الأصل ، وكذا تظهر ثمرة الاختلاف بيننا وبينهم في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان وأنها ليست بمضمونه عندنا لعدم إزالة اليد ، وعندهم مضمونة لاثبات اليد ، وكذا لو غصب حماراً وساقه فتأخر عنهـا جحشه فأكله الذئب لا يضمن عندنا إن لم يسق الجحش معه ، وكذا لو منع أصحاب المواشي حتى ضاعت لم يضمن عندنا وعند الشافعي أيضاً ، ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان مسألة يخالف هذا الاصل ، فإنه لو قال غصب عجولاً فاستهلك حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الام وإن لم يفعل في الام شيء .

ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم ، لأن الخطأ موضوع .

قال ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله . وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ،

(ثم إن كان) أي الغصب (مع العلم) أي بأنه ملك المغصوب منه (فحكمه المأثم) أي الاثم في الآخرة (والمغرم) أي الغرامة في الدنيا ، وهذا بالكتاب ، قال الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ١٨٨ البقرة ، إلى غير ذلك من الآيات . السنة قال عليه‌السلام من أخذ شبراً من الارض ظلماً طوقه الله من سبع أرضين ، رواه البخاري ومسلم وعليه إجماع العلماء .

(وإن كان بدونه) أي بدون العلم بأن ظن المأخوذ ماله أو اشترى عيناً ثم ظهر استحقاقه (فالضمان) أي فحكمه الضمان (لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده) وكذا إذا كان الآخذ معذوراً لجهله وعدم قصده (ولا إثم ، لان الخطأ موضوع) لقوله عليه‌السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

(قال) أي القدوري (ومن غصب شيئاله مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) أي مثل الذي غصب ، وأراد بالمكيل مثل الحنطة والشعير ونحوهما وبالموزون مثل الدراهم والدنانير ، ولكن يشترط أن لا يكون الموزون مما يضر بالتبعيض ، يعني غير المصوغ منه ، لأن الوزن في الذي في تبعيضه مضرة يلحق بذوات القيم (وفي بعض النسخ) أي وفي بعض نسخ القدوري (فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما) أي بين المستحقين والكلامين (وهذا) أي عدم التفاوت (لأن الواجب هو المثل ، لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة) سمي الفعل الثاني إلى ما هو مثل صورة ومعنى .

ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية ، فكان أدفع للضرر . قال فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » .

(ولأن المثل أعدل) أي ولأن المثل صورة ومعنى أقرب إلى العدل (لما فيه) أي لما في المثل (من مراعاة الجنس) لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً (والمالية) لأن مالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبرة في النعوت (فكان أدفع للضرر) أي فكان المثل أشد دفعاً للضرر عن المغصوب منه ، لأن الغاصب فوت عليه الصورة والمعنى ، فالجبر التام أن يتداركه بما هو له مثل له صورة ومعنى .

(قال فإن لم يقدر على مثله) أي قال في الجامع الصغير فإن لم يقدر الغاصب على مثل الذي غصبه بأن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل (فعليه قيمته يوم يختصمون) أي يوم الخصومة (وهذا عند أبي حنيفة « رح ») أي وجوب القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي ومالك ، ولم يذكر في الجامع الصغير خلافاً ، لأن صورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال كل شيء غصب مما يكال أو يوزن فلم يقدر على مثله فخوصم فيه فعليه قيمته يوم يختصمون ، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم غصبه ، ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى ، فعلم بهذا أن المثلي إذا انقطع تجب على الغاصب القيمة يوم الخصومة باتفاق علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية ، وبهذا قال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ، وروي عن أبي يوسف أن عليه قيمته يوم الغصب .

وروي عن محمد أن عليه قيمته يوم الانقطاع وهو مذهب زفر « رح » وإن كان الشيء مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم الغصب في قول علمائنا . وفي قول الشافعي « رح » عليه أكثر القيمتين يوم الغصب ويوم الهلاك ، ولأن في أصله أن زيادة الغصب مضمونة ، انتهى . والاختلاف مذكور في النوادر ، كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

وقال أبو يوسف « رح » يوم الغصب . وقال محمد « رح » يوم الانقطاع لأبي يوسف « رح » أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته

(وقال أبو يوسف يوم الغصب) أي عليه قيمته يوم الغصب (وقال محمد يوم الانقطاع) أي عليه قيمته يوم الانقطاع مثله عن أيدي الناس ، وبه قال أحمد « رح » وبعض أصحاب الشافعي « رح » ، وحد الانقطاع ما ذكر أبو بكر البلخي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه ، وإن كان يوجد في البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدراهم . قال الأترازي رحمه الله ولكن أصح أن يكون الشيء بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب مثلا ، والدليل على هذا ما ذكره الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وغصب ما يوجد في زمان دون زمان ، فإذا غصبه غاصب ثم اختصما في حال انقطاع وعدمه ، فإن أبا حنيفة قال يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون . وقال يعقوب يوم غصبه . وقال محمد يحكم بقيمته عند آخر انقطاعه ، ويدل عليه أيضاً ما ذكره في شرح الطحاوي أيضاً ، قال ومن أتلف شيئاً لرجل مما له مثل من جنسه ثم انقطع ذلك عن أيدي الناس وصار مثله غير موجود بثمن غال ولا بثمن رخيص فصاحب المال بالخيار إن شاء انتظر إلى وجود مثله ويأخذ المال ، وإن شاء لم يتربص ويأخذ القيمة .

واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . قال أبو حنيفة يعتبر قيمته يوم الخصومة . وقال أبو يوسف يضمن قيمته يوم الاستهلاك أو وقت الغصب . وقال محمد « ر ح » يغرم قيمته آخر ما كان موجوداً به أخذ الطحاوي إلى هذا لفظ الاسبيجابي . وفي الجواهر للمالكية ليس له إلا مثله ويصبر حتى يوجد قاله ابن القاسم . وقال أشهب المالك بالخيار إن شاء صبر وإن شاء أخذ القيمة ، وفي قيمته التفريع لهم . ومن غصب أرضاً أو حيواناً فتلف عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلف ولأكثر القيمتين . ومن غصب شيئاً من المثليات والموزونات فتلف عنده وجب عليه رد مثله ولا تلزمه قيمته يوم غصبه .

(لأبي يوسف « رح ») إنما قدم قوله في التعليل باعتبار ترتيب الأوقات ، فإن أول الأوقات الثلاثة يوم الغصب ، ثم يوم الانقطاع ، ثم يوم الخصومة . وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف « رح » (أنه) أي أن مما له مثل (لما

يوم انعقاد السبب ، إذ هو الموجب ولمحمد « رح » أن الواجب المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع . ولأبي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك ، وإنما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ، بخلاف ما لا مثل له ، لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد ، فيعتبر قيمته عند ذلك .

قال وما لا مثل له فعليه قيمته

انقطع التحق بما لا مثل له ، فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب) وهو يوم الغصب ، أي يوم انعقاد سبب الضمان (إذ هو الموجب) أي لأن الغصب هو الموجب للأصل ، والخلف يجب بالسبب الذي يجب به الأصل فيعتبر قيمته يوم الغصب .

(ولمحمد « رح » أن الواجب المثل في الذمة) بالنص الذي ذكرناه (وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع ، فيعتبر قيمته يوم الانقطاع) أي يوم الانقطاع عن أيدي الناس .

(ولأبي حنيفة أن النقل) من الواجب الأصلي (لا يثبت بمجرد الانقطاع) إذ الفعل باعتبار العجز عن الأصل (ولهذا) أى ولأجل عدم ثبوت النقل بمجرد الانقطاع (لو صبر) أي المغصوب منه (إلى أن يوجد جنسه له ذلك) لأن حقه في مثله من جنسه ، حتى لو أتى الغاصب بالقيمة لا يجبر على القبول . ولو كان انتقل إليها يجبر كما في غير المثلي ، وكما إذا قضى القاضي بالقيمة (وإنما ينتقل) أى المثل إلى القيمة (بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء) لأنها زمان النقل كما في ولد المغرور انه بمنزلة العبد في حق المستحق فإذا خاصمه المستحق صار المغرور مانعاً له باعتبار حقه في الحرية ،فاعتبر الحق منتقلاً عن العين إلى القيمة يوم الخصومة ، فكذا هذا .

(بخلاف ما لا مثل له) حيث تجب القيمة يوم الغصب (لانه) أى لان الغاصب (مطالب بالقيمة بأصل السبب) أى بسبب الضمان وهو الغصب (كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك) أى عند وجود أصل السبب .

(قال وما لا مثل له) أى قال القدورى في مختصره وما لا مثل له (فعليه قيمته

يوم غصبه ، معناه العدديات المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الإمكان ،

يوم غصبه) أى يوم غصب الغاصب، وقد أضيف يوم هاهنا إلى الجملة كما في قوله تعالى ﴿ يوم ينفع الصادقين صدقهم ﴾ ١١٩ المائدة ، ويجوز يوم غصبه بإضافة يوم إلى الفعل المضاف إلى فاعله أو مفعوله ، فافهم (معناه) أى معنى قول القدورى لا مثل له (العدديات المتفاوتة) كالبطيخ والرمان والسفرجل والثياب والدواب . وقال الاترازى هذا تفسير عجيب من صاحب الهداية ، لانه يعتبر الكلى بالجزئي ، لان لا مثل له يشتمل الحيوانات والزرعيات والعددى المتفاوت كالبطيخ والرمان ، والوزني الذى في تبعيضه مضرة وهو المصوغ منه .

قلت هذا تفسير جيد ، لان معنى قول القدورى وما لا مثل له ، أى الشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه ، لان الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك مثل العدديات المتفاوتة والثياب والدواب ، كذا ذكرنا . وأما العددى المتقارب كالجوز والبيض والفلوس فهو كالمكيل ، وبه قال مالك. وفي الكافي وقال مالك عدديات المتفاوتة يضمن مثله بصورة من جنس ذلك ، ولكن ذكر في الجواهر للمالكية ، وكذا العددى تستوى أبعاد جملته في الصفة غالباً كالبيض والجوز ونحوه ، وهذا يدل على أن قوله في العدديات المتفاوتة كقولنا .

وقال زفر في العدديات المتقاربة يجب القيمة أيضاً. وفي المبسوط في العدديات المتقاربة كالثياب والدواب يجب القيمة ، وبه قالت الثلاثة وأكثر الفقهاء . وقال أهل المدينة يجب المثل وبه قال أصحاب الظاهر ، لكن قالوا إذا لم يوجد مثله يصبر حتى يوجد أو يأخذ القيمة .

(لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها) وهي القيمة (دفعاً للضرر بقدر الإمكان) وذلك لان قيمة الشيء معنى ذلك الشيء ، والمعنى هو الاصل والصورة تابعة ، وإذا تعذر اعتبار الصورة للتفاوت فيها اعتبر المعنى دفعاً للضرورة تعذر

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت . وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل لـــــه . قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة ، معناه ما دام قائماً لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد .

المعنى وقـال أهل المدينة الواجب هنا المثل وقد مر بيانه . وقال بعضهم إذا لم يمكن رد عينه يجب نظير ذات وصفه وهو مذهب ابن سيرين ، كذا في شرح الكافي .

(أما العددى المتقارب) وهو ما يتقارب آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) في المالية ، هذا مذهب أصحابنا الثلاثة . وعند زفر تجب القيمة لانها ليست بأمثال متساوية ، ولهذا يجرى فيها الربا ، وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد مر في البيوع. قيل إنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان في الموزونات ما ليس بمثل ، وهو الذى في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح ، لان في المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير ، فانه لا مثل له ففيه القيمة . (وفي البر المخلوط بالشعير القيمة ، لانه لا مثل له) لتعذر اعتبار المماثلة، فيصار إلى القيمة دفعاً للضرر .

(قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة ، معناه ما دام قائماً) أى ما دام المغصوب قائماً، يعني ما دامت عينه موجودة،وهذا لا خلاف فيه (لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن سيد بن ابي هريرة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال ، قال رسول الله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤدى ،ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه . قال الترمذى حديث حسن أخرجه أبو داود والترمذى في البيوع ، والثاني في العارية وابن ماجة في الاحكام وليس في حديثه قصة الحسن . ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والحاكم في المستدرك في البيع وقال حديث صحيح على شرط البخارى.

وقال عليه السلام لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود

وتعقبه الشيخ تقي الدين في الامام فقال وليس كما قال بل هو على شرط الترمذى. وقال الحافظ المنذرى قول الترمذى فيه حسن يدل على أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع وقال فيه حتى تؤديه مالها . قال ابن القطان في كتابه وهو بزيادة الهاء موجب لرد العين ما كانت قائمة . وقال ابن طاهر في كلامه على أحاديث الشبهات إسناده حسن متصل ، وإنما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر أن الحسن لم يسمع من سمرة «رض» إلا حديث العقيقة والله أعلم .

(وقال رسول الله ﷺ لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فان أخذه فليرده عليه) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضي الله عنهم ، أحدهما أبو السائب أخرج حديثه أبو داود في كتاب الادب في باب المزاح ، والترمذى في أول الفتن عن ابن أبى ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيدعن أبيه عن جده يزيد بن أبي السائب قال ، قال رسول الله ﷺ لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصى أخيه فليردها عليه . قال الترمذى حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب ، والسائب بن يزيد له صحبة سمع من النبي ﷺ وهو غلام ، وقبض عليه السلام والسائب ابن سبع سنين . وأبو يزيد بن السائب وهو من أصحـــاب النبي عليه السلام وروى عنه أحاديث .

ورواه أحمد وابن أبي شيبة واسحاق بن راهوية وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم والبخارى في كتاب المفرد في الادب والحاكم في المستدرك في الفضائل وسكت عنه . ووقع في رواية لاعباً وجاداً بدون حرف العطف ، ومعنى قوله لاعباً لا يريد سرقة ويريد إدخال الغيظ على أخيه فهو لاغية في مذهب السرقة جار في ادخال الاذى عليه قاصد اللعب ، وهو يريد أن يجد في ذلك ليغيظه . وقال الخطابي في شرح السنن قولـــه لاعباً جاداً هو أن يأخذه على سبيل الهزل واللعب ثم يحبسه ولا يرده، فيكون ذلك جاداً .

(ولأن اليد حق مقصود) لأنها تتوصل إلى التصرف والإنقطاع وفي المبسوط والضمان

وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفاً ، لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك في بعض الاحكام .

في المدبر ليس إلا التقويب اليد [1] ، فعلم أن اليد حق مقصود .وقيل بدليل جواز إذن العبد في التجارة ، فإنه لا حكم بشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيا إذا كان مديوناً، فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف ، فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه) أي إلى صاحب اليد (وهو) أي رد العين (الموجب الأصلي على ما قالوا) أي المشايخ (ورد القيمة مخلص) أى إلى صاحب اليد ، أى موضع للخلاص ، ويجوز أن يكون ــ مصدراً إسمياً ــ أى خلاص الغاصب عن يد المغصوب منه (خلفاً) أى حال كون القيمة خلفاً عن العين (لأنه) أى لأن رد القيمة (قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية) أراد أن الكمال في رد الصورة والمعنى .

(وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص) وهذا القول عكس القول الأول . والأول أصح ، لأن الموجب الاصلي لو كان القيمة ورد العين مخلصاً عنه كان للغاصب أن يقول خذ قيمة هذا المغصوب وهو جعل الدين وجب أصالة ، وهذا خلاف ما يقتضيه الكتاب ، لانه أكل مال الغير بالباطل ، لان المالك لم يرض إلا بعين حقه ، قال الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء .

(ويظهر ذلك) أى كون الموجب الاصلي قيمته ورد العين مخلصاً(في بعض الاحكام) منها إذا أبرأها الغاصب ، وعن الضمان حال قيام العين يصح ويبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يد لا ضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة في هذه الحالة لما صح الإبراء لان الإبراء عن العين لا يصح ، ومنها عن الكفالة لا تصح بالعين وتصح الكفالة بالمغصوب،فعلم أن الموجب الاصلي وهو القيمة ، وهاهنا أن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد ــ التصرف باليد ــ اه مصححه .

و الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن. فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها أو تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله ،

غصب شيئاً فلا تجب عليه الزكاه إذا انتقض بالنصاب بمقابلة وجوب المغصوب عليه. والجواب عن مسألة الإبراء هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه . وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها ، ألا ترى إلى ما قال شمس الأئمة البيهقي في كفايته رجل قال لآخر غصبني فلان عبداً فقال أنا ضامن العبد الذي تدعى فهو ضامن للعبد . فان مات أو استحقه آخر فهو ضامن بقيمته ، وعن مسألة الزكاة ما ذكرناه في مسألة الإبراء .

(والواجب الرد) أي رد المثل والقيمة للعين المغصوب إلى مالكها (في المكان الذي غصبه) أي في المكان الذي غصب للمغصوب فيه (لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن) وكذا تفاوت المثل بتفاوت الأماكن ، ولو ذكره المصنف لكان أحسن وأكثر فائدة (فإن ادعى هلاكها) أي فإن ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة (حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أوتقوم بينة)ومقدار ذلك مفوض إلى رأي الحاكم(ثم قضى عليه ببدلها) البدل يشمل المثل والقيمة (لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض) أي هلاك العين المغصوبة يكون بأمر عارض (فهو يدعي أمراً عارضاً) أي الغاصب يدعي أمراً عارضاً (خلاف الظاهر) لأن الظاهر بقاؤها (فلا يقبل قوله) .

وفي المبسوط غصب جارية فغيبها فأقام المغصوب منه بينة أنه قد غصبها فإنه يحبس حتى يجيء بها فيردها . وقال أبو بكر الأعمش تأويل المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة . أما الشهادة على فعل الغصب لا يقبل مع جهالة المغصوب إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول فلا بد من

كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال والغصب فيما ينقل ويحول ، لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره ، لان إزالة اليد بالنقل ،

الإشارة في الدعوى والشهادة ، والأصح أن هذه الدعوة صحيحة لأجل الضرورة فيثبت غصبه بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس . ولو قال الغاصب ماتت أو بعتها ولا أقدر عليها تلزم القاضي يومين أو ثلاثة ، ومقدار التلوم مفوض إلى رأي القاضي . ولو رضي المالك بالقضاء بالقيمة لا يتلوم .

وفي الذخيرة ذكر محمد في السير أنه يقضى عليه من غير تلوم قيل في المسألة روايتان . وقيل لكن ذكر في السير جواب الجواز بمعناه لو قضى من غير تلوم جاز ، وما ذكر في الأصل أن التلوم أفضل . وقال الشافعي « رح » القول للغاصب مع يمينه ، في لزوم البدل وجهان ، أحدهما لا يلزمه حتى يصدقه المالك ، والثاني يلزم وهو الأصح ، وهذا بعد الحبس ، وبه قال مالك وأحمد .

(كما إذا ادعى) رجل (الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه) من الإفلاس ، وكذا الغاصب إذا ادعى الهلاك يحبس إلى أن يعلم ما يدعيه من الهلاك (فاذا علم الهلاك سقط عنه رده) أي سقط عن الغاصب رد المغصوب عينه (فيلزمه رد بدله وهو القيمة) أو رد مثله إن كان المغصوب من ذوات الأمثال كما عرف قبل .

(قال والغصب فيما ينقل ويحول) أي القدوري والغصب يتحقق فيما ينقل ويحول فقوله والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل خبره ، وقوله ويحول عطف عليه .

فان قلت النقل والتحويل واحد فما فائدة ذكرهما معاً . قلت التحويل هو النقل من مكان واثبات في مكان آخر كما في تحويل الباذنجان والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر .

(لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه) أي فيما ينقل ويحول (دون غيره ، لأن إزالة اليد

وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول ، وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين

بالنقل) أي لأن إزالة يد المالك لا يتحقق إلا بنقل المغصوب ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق (وإذا غصب عقاراً) في المغرب العقار الضيعة ، وقيل كل مال له أصل كالدار والأرض . وفي العباب العقار والأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم ماله دار ولا عقار (فهلك في يده) بأن غلب السيل على الأرض فيثبت تحت المـاء أو غصب داراً فهدمت بآفة سماوية أو جاءسيل فذهب بالبناء (لم يضمنه)أي العقار (وهذا) أي عدم الضمان (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) .

(وقال محمد وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي) ومالك وأحمد الخلاف في الغصب لا في الإتلاف ، وصورة الخلاف ما ذكرناه وصورة الإتلاف بأن يهدم الحيطان أو عزقها أو كشط تراب الأرض أو ألقى الحجارة فيها أو نقص بفرسه أو بنائه فانـــه يضمنه بلاف خلاف . وقد اختلف عبارات مشايخنا في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ، ولكن لا على وجه يوجب الضمان ،إليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً وإليه مال أكثر المشايخ (لتحقق اثبات اليد) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك ، وهـذا تعليل لمحمد « رح » وحـــد لأن عند الشافعي يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك .

(ومن ضرورته) أي ومن ضرورة إثبات اليد المبطلة (زوال يـــد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) أراد به المتنافيين يد المالك ويد الغاصب ، لأن إحداهما موجبة للضمان ، والأخرى ليست بموجبة ، بخلاف اجتماع اليدين الموافقتين فانه يجوز كالشريكين في عين

على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه ، فصار كالمنقول وجحود الوديعة . ولهما أن الغصب إثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين ، وهـــذا لا يتصور في العقار ، لان يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي .

واحدة من جنس واحد احترز به عما إذا أجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة ، وفي يد الآخر حكماً لكنهما يدان مختلفتان (على محل واحد في حالة واحدة) احترز به عما إذا كان على محلين أو في حالتين ، فان هذا لا يكون غصبـاً بأن ضرب على يد إنسان فوقعت درة من يده في الحجر أو ضرب على ظهره فطار طير كان على ظهره يجب الضمان وإن انعدم الإثبات ولو تجرد والإثبات عن إزالته لم يصح سبباً للضمان (فتحقق الوصفان) وهما إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هـو الغصب دل عليه قوله يتحقق كما في قوله تعالى ﴿ أعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، أي العدل أقرب للتقوى (على ما بيناه) يعني عنده على وجه يزيل يده (فصار كالمنقول) أي صار غصب العقار كغصب المنقول في تحقيق الوضعين (وجحود الوديعة) في العقار ، فانـه إذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ، أي بفعل حاصل من الغاصب في العين صح المغصوبـة ، تقريره (أن الغصب اثبات اليد بسبب إزالة يد المالك بفعل في العين) ولهذا إذا تجردت الإزالة عن الإثبات يصلح سبباً للضمان كما في الوديعة ، فانها إثبات اليد لكن لما لم يتضمن الإزالة لم يصلح سبباً (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار ، لأن يـــد المالك لا تزول إلا باخراجه عنها) أي باخراج المالك عن العقار ، وتأنيث الضمير بتأويل الصيغة والدار (وهو فعل فيه) أي الإخراج فعل في المالك (لا في العقار) فانتفت إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعد المالك عـن المواشي) حتى تلفت ، فان ذلك لا يكون غصباً لها وبعد بتشديد العين ، وفي بعض النسخ أبعـد من الإبعاد (وفي

وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومسألة الجحود ممنوعة ، ولو سلمت في الضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك

المنقول النقل فعل فيه) أي في المنقول (وهو الغصب) أي النقل من المالك هو الغصب لأن فيه يتحقق معنى الغصب وهو تفويت يد الملك المعنى في المحل .

(ومسألة الجحود ممنوعة) أي جحود الوديعة العقار ، يعني لا نسلم انه إذا جحد الوديعة يضمن وذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف ، وإذا أودع عند إنسان عقاراً فجحد عند أبي حنيفة لا يضمن. وذكر في المبسوط أنه لا يضمن عندهما في الأصح . وقال الناطفي في كتاب الغصب من الأجناس كان شيخنا أبو عبدالله الجرجاني يقول إنه على وجهين أن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن .

(ولو سلمت) وجوب الضمان بجحود الوديعة (في الضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك) أي للحفظ الملتزم . وفي المبسوط إنما يتضمن بالمنع بعد الطلب لا بالجحود وبالجحود يحصل المنع بعد الطلب . قيل ولو سلم أن الجحود غصب حقيقة كما قال بعض أصحابنا ، ولكنه ليس بغصب موجب للضمان كغصب الخمر والخنزير في حق المسلم ، وهذا الموضع هو الذي وعد المصنف قبل باب السلم بقوله وبينه في الغصب عند قوله ومن باع داراً لرجل فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة « رح » وهو قول أبي يوسف آخراً .

فإن قلت قوله عليه السلام من غصب شيئاً من الأرض طوقه الله به يوم القيامة عن سبع أرضين صريح في إطلاق إسم الغصب في الدور والعقار فلو لم يكن الغصب مستحقاً فيها لم يطلق ، والكلام لحقيقة ما لم يقم دليل المجاز . قلت الحديث لا يدل على ذلك ، لأنه عليه السلام جعل جزاء غصب الأرض التطويق يوم القيامة . ولو كان الضمان واجباً لبينه لأن الضمان في أحكام الدنيا ، والحاجة إليه أمس . والمذكور جميع جزائه . فمن زاد عليه كان نسخاً ، وذا لا يجوز بالقياس وإطلاق لفظ الغصب عليه لايدل على تحقيق الغصب الموجب للضمان ، كما انه عليه السلام أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً ولا يدل ذلك

قال وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً ، لانه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه ، لانه فعل في العين ،

على البيع الموجب لحكم على أنه جاء في الصحيحين الحكم بلفظ أخذ فقال من أخذ شبرا من الأرض ظلماً ، فإنه يطوقه الله به يوم القيامة من سبع أرضين فعلم أن المراد من الغصب الأخذ ظلماً لا غصباً موجباً للضمان .

فان قلت قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى ترد يدل على ذلك بإطلاقه ، والتقييد بالمنقول خلافه . قلت هذا مجاز ، لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار ، لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعاً ليده ، لأنه مفعول فيه فكان منصرفاً إلى المنقول ضرورة ليعمل بالأخذ على حقيقته .

فان قلت إزالة اليد ليست بشرط في الغصب ، كما لو ركب الدابة وهلكت من غير فعل فانه يضمنها بالإجماع، وكما لو وهب داراً لرجل بما فيهامن الأمتعة فهلكت الأمتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ، ثم استحقت الدار فللمستحق أن يضمن الموهوب له بلا خلاف ، والمسأله في الزيادات ولم تزل إلا منفعة من يد المالك ليست بشرط . قلت قبل ذلك الجواب غير مستقيم على أصل محمد ، لأنه وافقا على أنه يضمنه بدون الفعل ، بل الجواب فيه أن الواهب نقل يده إلى الموهوب له ويد الواهب في الأمتعة كانت مفوتة ليد المالك ، فانتقلت بصفتها والضمان في مسألة الراكب باعتبار الإتلاف لا بالغصب ، ولهذا لو ركب أو تلف تحته يضمن ، والله أعلم .

(وقال وما نقص منه بفعله أوسكناه ضمنه في قولهم جميعاً) أي قال القدوري وما نقص الغاصب من العقار بفعله بأن هدم شيئاً أو انهدم بسكناه ضمنه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والشافعي « رح » ، أما على قول محمد والشافعي فظاهر ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فكذلك (لأنه إتلاف ، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين) فيكون إتلافاً فيجوز أن يضمن بالإتلاف ولا يضمن بالغصب .

(ويدخل فيما قاله) أي الذي قاله القدوري من قوله ومن نقصه منه بفعله إلى آخره

ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ، فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الإختلاف في الغصب هو الصحيح .

(إذا انهدم الدار بسكناه وعمله) بأن يحمل الحدادة والقصارة ، وقيد بقوله بسكناه وعمله،لأنه لو انهدم بغير سكناه وفعله بآفة سماوية لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

فان قلت كيف يعرف نقصان الأرض . قلت قيل ينظر بكم تستأجر قبل أن تزرع وكم تستأجر بعد . وقيل بكم تباع قبل ذلك وكم تباع بعده فيغرم ما بين ذلك من النقصان .

(فلو غصب داراً وباعها وسلمها) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري فلذلك ذكره بالفاء،وهي من مسائل الأصل ، ومعناه إذا باعها ثم اعترف بالغصب ، وهو معنى قوله (وأقر بذلك) أي بالغصب (والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه قيد به ، لأنه إذا كان له بينة لا ضمان على البائع بالإتفاق ، لأنه يمكنه أخذ دار بالبينة (فهو على الاختلاف) المشهور (في الغصب) أي في غصب العقار فعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليه خلافاً لمحمد وزفر والشافعي (هو الصحيح) احترز به عما قال بعضهم أنه يجب على الكل هنا الضمان بالبيع والتسليم بالاتفاق ، ألا ترى إلى ما قال الحكم الشهيد في كافيه رجل غصب دار رجل فباعها وتسلمها ثم أقر بذلك، وليس لرب الدار بينة . قال لا ضمان على الغاصب لأنه لم يغيرها عن حالها . وقال أبو يوسف أنا أراه ضامناً قيمتها استحسن ذلك ، وهو قول محمد ، رجع أبو يوسف عن هذا إلى قول أبي حنيفة أنه لا ضمان عليه .

فان قيل إذا شهد بدار الإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وإتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ، ولا ضمان على بائعه عندهما . وأجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد « رح » وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسألتين أن إتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما ، حتى لو أقام البينة على الملك

قـــال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل . قال وهذا عنـــد أبي حنيفة ومحمـــد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين . قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله

لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف . وأما في مسألتنا فالإتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنـه ملكه قضى له بها ، فلهذا لا يكون البائع ضامناً .

(قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان) أي قال في الجامع الصغير ، وإذا انتقص بالزراعة ، يعني العقار المغصوب والمكان المغصوب بالزراعة ضمن النقصان ولا يعلم فيـه خلاف ، وقد مر تفسير النقصان عن قريب . وقال السعدي إن كان عرف أهـــل تلك القرية أنهم يزرعون أرض الغير بغير إذنه على وجه المزارعـــة من غير إذن وعقد لرب الأرض أن يطالبه بحصة الأرض . وذكر أبو الليث في هذه الصورة الزرع للزارع وعليه نقصان الأرض (لأنه أتلف البعض) أي بعض الأرض والعقار يضمن بالاتلاف بلا خلاف (فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل) أي يأخذ الغاصب رأس ماله ، وهو البذر ومـا أنفق وما غرم ، أي قدر ما غرم من نقصان الأرض ويتصدق بما زاد ، لأنه مستفاد كسب خبيث صورة مثلا خرجت أربعة اكرار ونقصتها الزراعة وبذره كر ولحقته مؤنة، وقدر قيمة النقصان كر فالفضل الخارج عن رأس ماله كر فيتصدق .

(قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) أي وجوب التصدق بالفضل عندهما (قال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) لأن النهي عنه ربح ما لم يضمن ، وهو قـــد ضمن (وسنذكر الوجـــه من الجانبين إن شاء الله تعالى) أي عند قوله ومن غصب عبداً فاستغله فنقصه .

(وقال وإذا هلك النقلي) أى الذي ينقل (في يد الغاصب بفعله أو بغـــير فعله

ضمنه . وفي أكثر نسخ المختصر ، وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعند العجز عن رده تجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ، ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب ، وإن نقص في يده ضمن النقصان ،

ضمنه) لأن الغصب فيما ينقل على ما مر (وفي أكثر نسخ المختصر) أى القدوري (وإذا هلك الغصب) أى المغصوب (والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أى يكون فيما ينقل ، لأنه لا يتصور في غير المنقول والمغصوب مضمون عليه لمجرد الغصب على معنى أنه يجب رده وإن كان قائماً ومثله في المثلي إن كان هالكاً ، وقيمته إن لم يكن مثلياً ، فاذا كان الضمان بالغصب تقرر الضمان بالهلاك فلم يتفاوت بين أن يكون هلاكه بفعله أو بغير فعله ، ولهذا وجب عليه قيمته يوم الغصب .

(وهذا) أى وجوب الضمان (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق، إذ هو) أى الغصب (السبب) أى سبب الضمان على ما قررناه آنفاً (وعند العجز عن رده) أى رد المغصوب عينه (تجب رد القيمة) هذا على قول من قال إن الموجب الأصلي في الغصب رد العين (أو يتقرر بذلك السبب) أى وتقرر القيمة بذلك السبب هذا على قول من قال الموجب الأصلي هو القيمة ، وإنما ذكر كلامه بالترديد تنبيهاً على ما ذكر يقبل هذا من اختلاف المشايخ في الموجب الأصلي (ولهذا) أى ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) فعلم أن الموجب الأصلي هو القيمة .

(وإن نقص في يده ضمن النقصان) أى إذا رد المغصوب بعدما نقص في يده يلزم النقصان ، سواء كان النقصان في يده بأن كانت جارية فاعورت أو شابة صارت عند الغاصب عجوزة أو ناهدة الثديين وانكسر ثديها ، أو لم يكن في يده بأن كان عبداً محترفاً نسي ذلك عند الغاصب أو قارئاً نسي القرآن ففي هذا كله يضمن النقصان ولا يعلم فيه خلاف ، هذا إذا كان النقصان يسيراً ، أما إذا كان كثيراً يتخير المالك بين الأخذ وتضمين النقصان والترك مع تضمين جميع قيمته، كذا في المبسوط

لانه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ، بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب ، لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء ، وبخلاف المبيع ، لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ،

وعند الثلاثة للمالك أخذ العين مع قيمة النقصان ، سواء كان فاحشاً أو يسيراً (لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب) أى لأن الشأن دخل جميع أجزاء المغصوب في ضمان الغاصب بسبب الغصب .

(فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أى فكل جزء من أجزاء المغصوب تعذر رد عينه يجب رد قيمته . وأما إذا تجبر نقصانه مثل أن ولدت المبيعة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزفر رحمه الله .

(بخلاف تراجع السعر) أى لا يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر بلا خلاف بين العلماء (إذا رد في مكان الغصب) قيد به لأنه إذا لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان ، فيسترده لأن النقصان دخل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان ، فكان له أن يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر (لأنه) أى لأن تراجع السعر (عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء) لأن فتور الرغبات شيء أحدثه الله في قلوب العباد ، فلا يوجب ذلك تغيير الأحكام .

(وبخلاف المبيع) على قوله بخلاف تراجع السعر ، يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه ، حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وإن فحش النقصان ، كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فأعورت في يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيراً بين امضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط (لأنه ضمان عقد) أى لان ضمان المبيع ضمان عقد ، والأوصاف لا تضمن بالعقد (أما الغصب

والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال « رض »
ومراده غير الربوي ، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الاصل لانه يؤدي إلى الربا . قال ومن غصب عبداً فاستغله

فقبض) لأنه فعل على الذات بجميع أجزائها وصفاتها ، فكانت مضمونة ، وهو معنى قوله (والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد) أي لا يضمن بالعقد ، لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف (على ما عرف) عند قوله إن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين .

(قال ومراده غير الربوى) أى قال المصنف رحمه الله ومراد القدورى بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير المال الربوى (أما في الربويات) أى أما في الاموال الربويات والاموال الربويات التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا (لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى إلى الربا) لانه إذا كان المغصوب من الاموال الربوية لا يجوز له تضمين النقصان إذا أخذ العين احترازاً عن الربا .

وقد قال الكرخي في مختصره وإن كان مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا مثل أن يغصب حنطة وصب فيه ماء أو غير ذلك من الحبوب أو يغصب إناء فضة أو دره أو دنانير فيتهشم الإناء من يده أو يكسر الدراهم فتصير علة أو الدنانير فتصير قراضة ، فان صاحب ذلك بالخيار إن شاء أخذا ذلك لا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثل قيمته من الذهب ، وكذلك إذا كان الإناء من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة ، وكذلك يلزمه الصفر والنحاس والشبه والرصاص . وفي المبسوط استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً . وقال الشافعي « رح » يضمن قيمته . ولأصحابه فيه وجهان أصحهما أنه يضمنه بجنسه وتكون الزيادة بمقابلة الصنعة ، وبه قال الحنبلي ، لأن الربا يجري في العقود لا في الغرامات . وفي وجه يضمن نقصه بغير جنسه ، وبه قال .

(قال ومن غصب عبداً فاستغله) هذا لفظ الصدر الشهيد حسام الدين في الجامع

فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ، ويتصدق بالغلة . قال « رض » وهذا عندهما أيضاً ، وعنده لا يتصدق بالغلة ، وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذلك الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا . ولهما أنه حصل بسبب

الصغير ، ومعنى استغله أجره وأخذ الاجرة (فنقصته الغلة) أي العمل في الاجارة جعله مهزولاً . وفي المبسوط لم يذكر نقص الغلة (فعليه النقصان لما بينا) أي عند قوله لأنه دخل جميع أجزائه في الضمان بالغصب ، ويجوز أن يكون بيان ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه أتلف البعض والغلة للغاصب وقال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد فلم يملكها الغاصب . قلنا وجوب الاجرة بالعقد لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد مالاً فكان هو أولى ، لكن يتصدق بها إشارة إليه بقوله (ويتصدق بالغلة) لأنها حصلت بكسب خبيث .

(قال وهذا) أي قال المصنف التصدق بالغلة (عندهما أيضاً) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وعنده) أي وعند أبي يوسف (لا يتصدق بالغلة) لأنه يطيب له ، وهذا قوله الأول . وقوله الآخر مثل قولهما ، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (إذا آجر المستعير المستعار) وأخذ اجرته لا يطيب له عنده خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وكذا على الخلاف لو أجر المودع الوديعة (لأبي يوسف « رح » أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذا الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا) أي حال كون التملك مسنداً إلى وقت الضمان فيكون مالكاً تملك من وقت الضمان ، فيطيب له ككسبه المبيع بعد القبض .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أي أن الغلة وتذكير الضمير باعتبار

خبيث وهو التصرف في ملك الغير ، وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث . فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان ، لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه ،

الكسب (حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير) والحكم يثبت مضافاً إلى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها بحكم ذلك السبب (وما هذا حاله) ما بمعنى الذي ، وذا إشارة إلى قوله وهو التصرف في ملك الغير (فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل) أصله حديث الشاة المصلية على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى (والملك المستند ناقص فلا ينعدم بــه الخبيث) فأجاب بقوله الملك المستند إلى الضمان ناقص ، يعني في كونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ، ولهـذا يظهر في حق القائم دون الغائب فـلا ينعدم به الخبث .

(فلو هلك العبد بيد الغاصب) سواء كان بفعله أو بفعل غيره (حتى ضمنه) أي حق ضمن الغاصب العبد (وله) أي الغاصب (أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن ما ملكه والخبث حق الملك ، أشار إليه بقوله (لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا) أي ولأجـل كون الخبث حق المالك ولم يقـل لكونها ملكاً له (لو أدى) أي الغاصب الغلة (إليه) أي إلى المالك مع أداء العبد (يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه) أي إلى المالك ، لأن الخبث كان لحق المالك فيزول بالصرف إليه . قيل هذا إذا كان فقيراً ، وإن كان غنياً فيه روايتان . قال شيخ الإسلام رحمـه الله علي الدين الاسبيجابي [1] في شرح الكافي

---

(١) الاسبيجابي اثنان في معجم المؤلفين ، أما صاحب شرح الكافي فهـو أبو نصر أحمد بن منصور ، أما الآخر فهو بهاء الدين علي بن محمد ، ولا يوجد من إسمه على الدين لكن المؤلف يذكر من إسمه علاء الدين ولم أجد له تعريفاً ، اه مصححه .

بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه ، فلو أصاب ما لا يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال ، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا

والصحيح أنه يجوز الصرف إلى المالك وإن كان غنياً عوضا عن الهلاك لما قلنا .

(بخلاف ما إذا باعه) هذا يتعلق بقوله فان هلك العبد في يد الغاصب ، يعني إذا باع الغاصب العبد المغصوب بعد الاستغلال (فهلك في يد المشتري) أي فهلك العبد في يده (ثم استحق) أي العبد بأن ظهر له مستحق (وغرمه) أي غرم المشتري العبد ، أي قيمته (ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه) أي ليس للبائع أن يستعين بغلة العبد في أداء الثمن إلى المشتري (لأن الخبث ما كان لحق المشتري) حتى يزول بالصرف إليه ، بخلاف الأول ، لان الخبث فيه لحق المالك فيزول بوصول الغلة إليه .

(إلا إذا كان) أي الغاصب (لا يجد غيره) أي غير الغلة بتأويل الكسب أو الاجر أو المال (لانه محتاج إليه) لتفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس (وله) أي وللمحتاج (أن يصرفه إلى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك ، لانها ملكه وإن كان فيه خبث (فلو أصاب مالاً) يعني لو أصاب مالاً ، بعد أن صرف الغلة عن الضمان (يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن .

(وإن كان فقيراً) يوم استهلك الثمن (فلا شيء عليه) يعني ليس عليه أن يتصدق بشيء من ذلك (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لانه محتاج إليه ، كذا قال الاترازي . وقال الكاكي هذا إشارة إلى قوله وما هذا حاله فسبيله التصدق . وفي الذخيرة هذا إذا أجر الغاصب العبد أما إذا أجر العبد نفسه صحت الإجارة ، فإنه يأخذ العبد الاجرة يأخذها المالك مع العبد بلا خلاف لاحد ، ولو أخذه الغاصب من العبد وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا يجب عليه الضمان ، وبه قالت الثلاثة لانه أتلف مال الغير

قال ومن غصب ألفاً فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما . وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وقد مرت الدلائل . وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه . ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة ،

وله نعم أنه مال المالك ، ولكنه لا عصمة له في حق الغاصب ، فأشبه نصاب السرقة بعد القطع .

(قال ومن غصب ألفاً) أي قال في الجامع الصغير (فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما) أي التصدق بجميع الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ملك خبيث ، وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد في رواية ، وبعض أصحاب مالك «رح» وقال الشافعي « رح » في القديم وأحمد « رح » الربح للمالك والمشترى ملكه . ولو دفع الملك من الحر إلى آخر مضاربة فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف ، وليس للمالك من أجر العامل شيء عند أحمد ، لانه لم يأذن له العمل في ماله ولا على الغاصب إن كان المضارب عالماً بالغصب وأن يعلم لزم أجر عمله على الغاصب كالعقد الفاسد .

(وأصله) أي أصل الخلاف (أن الغاصب و المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لابي يوسف ، وقد مرت الدلائل) أي في مسألة ومن غصب عبداً فاستغله (وجوابهما) أي جواب أبي حنيفة ومحمد « رح» (في الوديعة أظهر ، لانه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان ، فلم يكن التصرف في ملكه) فيكون الربح خبيثاً .

(ثم هذا) أي عدم طيب الربح (ظاهر فيما يتعين بالاشارة) كالعروض ، لان العقد

أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقـد منها الثمن ، أمـا إذا أشار إليهـا ونقـد من غيرها أو نقد منها ، وأشـار إلى غيرهـا أو أطلق إطلاقاً ونقدمنهـا يطيب له ، وهكذا قال الكرخي « رح » ، لأن الإشـارة إذا كانت لا تفيدالتعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث. وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكـذا بعـد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعـين

يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبـة واليد في المبيع بملك خبيث فيتصدق به (أما فيما لا يتعين كالثمنين) أى الدراهم والدنانـير (فقوله في الكتاب) أى قول محمد في الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنمـا يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن) قال فخر الاسلام لان ظاهر هـذه العبارة تدل على أنه أراد بها .

(أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها، وأشار إلى غيرها أو أطلق اطلاقاً ونقد منها يطيب له) وهذه أربعة أوجه، ففي واحد منها لا يطيب. وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجهاً آخر لا يطيب فيه أيضاً، وهو أنه دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ثم اشترى منه بتلك الدراهم (وهكذا قال الكرخي « رح ») أراد أن هذا التفصيل في الجواب هو قول الكرخي (لان الاشارة إذا كانت لا تفيد التعيين) يستوى وجودها وعدمها فعند ذلك (لا بد أن يتأكد بالنقد) منها (لتحقيق الخبث) والفتوى على قول الكرخي، ذكره في التتمة والذخيرة لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس .

(وقال مشايخنا « رح » لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال) اى في الوجوه كلها (وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين) أى في الجامع الكبير

والمبسوط . قال وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها . أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء ، وهذا قولهم جميعاً ، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب

والجامع الصغير (والمضاربة) أي وفي المضاربة من كتاب المبسوط حيث قال يتصدق بجميع الربح مطلقاً .

(قال وإن اشترى بالألف جارية) أي قال في الجامع الصغير وإن اشترى الغاصب بالألف المغصوبة والحرام جارية (تساوي ألفين فوهبها ، أو طعاماً) أي أو كان طعاماً (فأكله لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما غصب (وهذا قولهم جميعاً ، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل ، وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح . وفي جامع أبي اليسر هل يباح له الوطء والأكل الصحيح أنه لا يباح ، لأن في السبب نوع خبث ، ولهذا المعنى بعض الظلمة الذي فيهم قليل تقوى يشترون الأشياء نسيئة ويصرفونها إلى حوائجهم ، ثم يقضون الأثمان .

وفي جامع المحبوبي ونوادر أبي سماعة غصب ثوباً أو كراً فاشترى به طعاماً لا يسعه أن يأكل حتى يؤدي قيمة الثوب أو مثل الكر . ولو غصب دراهم فاشترى بها طعاماً وسعه أكله ، لأن الثوب إذا استحق ينتقض البيع ، بخلاف ما إذا استحقت الدراهم. ولو اشترى الثوب والكر المغصوبين جارية لا يحل له وطؤها . أما لو تزوج بالثوب أو بالكر حل وطؤها ، لأن باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح .

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

لما ذكر حقيقة الغصب وحكمه أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض ، وحقه الفصل .

(قال وإذا تغيرت العين المغصوبة) أي قال القدوري رحمه الله (بفعل الغاصب) قيد

حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها

به احترازاً عما إذا تغير بدون فعله ، كما إذا صار العنب زبيباً أو خلا بنفسه والحليب لبناً والرطب تمراً فالمالك بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه. ولو صار العنب زبيباً يجعله ملكه ، كذا في فتاوى العتابي (حتى زال إسمها) احترز بـه عن غصب شاة وذبحها ، حيث لم يزل ملك مالكها، لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة ، شاة حيـة (وأعظم منافعها) وذكر هذا ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسـة وكشكاً ونشا وبذراً وغيرها يزول بالطحن ، والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمها تناوله ، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة، ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة ... إلى آخره (زال ملك المغصوب منـه عنها) حتى لو أراد أن يأخذ عين الدقيق مثلا ليس له ذلك (وملكها الغاصب وضمنها فـلا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) أي بدل العين المغصوبة وهو المثل أو القيمة .

(كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) هذا مثال لتغير العين المغصوبة، وقيد بالشي والطبخ احترازاً عما إذا ذبحها ولم يشو ولم يطبخ، حيث لا ينقطع حق المالك عنها، ولهذا قال ظهير الدين اسحاق بن أبي بكر الولوالجي في فتاواه ولو غصب شاة فذبحهـا فالمالك بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها ، لأن الذبح تقريب إلى مقصود وهـو اللحم ولا يعد غصباً ، وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب لأجل التبديل، وكذا إذا سلخها واربها ولم يشوها ، وقال محمد إن شاء أخذ الشاة وضمنه النقصان وهذا أصح ، لأن بعض المنافع تفوت بالذبح ، انتهى .

(أو حنطة فطحنها) أي أو غصب حنطة فطحنها فصارت دقيقاً . وقال الكرخي وإذا غصب حنطة فطحنها فإن أبا حنيفة ومحمد قالا لا سبيل لرب الحنطـة على الدقيق ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » ، وعلى الغاصب حنطـة التي غصب . وقال ابن سماعة عن أبي يوسف « رح » لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة ،

أو حديداً فاتخذه سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية ، وهذا كله عندنا . وقال الشافعي لاينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف

لكن أبيع الدقيق واشترى له حنطة مثل حنطته وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب ، لأنه شبه وهو أحق به من غيره ، ولذلك لو غصب دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله ونسجه فهو مثل ذلك يباع له ذلك فيعطى مثل قطنه ومثل طعامه إن أبى الغاصب أن يدفع إليه ذلك .

وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر أن رب الحنطة بالخيار إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق وإبراء الطاحن لأن متاعه بعينه ، قال خالف أبو حنيفة رحمه الله في هذا وجعله بالخيار على ما وضعت ، وكذلك إن وهبه الغاصب أو باعه أو تصدق به ، فان ذلك كله باطل ، ولرب الطعام أن يأخذ شيه بعينه ، وكذلك لو غصبه لحماً فشواه أو طبخه ، وكذلك لو غصبه سمسماً أو زيتوناً فعصره ، وكذلك لو غصبه تراباً فلته أو طبخه آجراً أو اتخذ منه آنية الخزف ، أو جعله جباباً قال فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا بأس بأن ينتفع به .

فان غصب طعاماً فزرعه فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتصدق بفضله . وفي قول أبي يوسف لا يتصدق بفضله ، ولا بأس بأن ينتفع بـه قبل أن يرضى صاحبه ، وكذلك نوى غرسه واتخذ منه نخلا فهو ضامن لقيمته . قال وكذلك صنوف الشجر ، انتهى كلام الكرخي . وكذلك لو غصب بيضاً فحضنه فصار دجاجاً أو غصب زيتاً فجعله في بزر له كثير فغلب عليه البزر فصارا بزراً ، أو غصب عصفراً فصبغ به فلا سبيل لصاحب هذه الأشياء على شيء مما ذكرناه ، ولكن يضمن الغاصب حقه الذي غصبه إياه ولا شيء له من ذلك .

(أو حديداً فاتخذه سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية) أي أو غصب حديداً فاتخذه سيفاً ، أو غصب صفراً فعمله آنية ، والصفر بالكسر . قال أبو عبيد الصفر بكسر الصاد وهو الذي يعمل منه الأواني . قلت هو نوع من النحاس وهو الأصفر في لون الذهب (وهذا كله عندنا) يعني زوال تملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا .

(وقال الشافعي « رح » لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف « رح »)

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ، لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي « رح » يضمنه ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي « رح » أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة ، كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ، ولا معتبر بفعله ،

وهو قول أحمد « رح » أيضاً (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أي عند أبي يوسف (لأنه يؤدي إلى الربا) لأنه يأخذ عين حقه مع شيء آخـــر ، اذ الدقيق هو عين الحنطة ... لأن عمل الطحن وتفريق الآخر لا في احداث مالم يكن موجوداً ، وتفريق الآخر لا يبدل العين كالقطع في الثوب ، ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة .

(وعند الشافعي « رح » يضمنه) أي النقصان ، لان على أصله تضمين النقصان مـع أخذ العين في الاموال الربوية جائز ، وهو رواية (عن أبي يوسف أنـه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه ، وهو أحق به من الغرماء بعد موته) فيشتري له بـه حنطة مثل حنطته ، فلو مات الغاصب فالمالك أحق به من سائر الغرماء ، لانـه زال ملكه ويده بسبب لم يرض بـه . وفي الإيضاح عـن أبي يوسف ثلاث روايات ، أحدهـا كقولهما وقد ذكرناها .

(للشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه) هذا عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا ، وتقريره أن بقاء العين المغصوبة يوجب بقاءها على ملك المالك لا الموجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك ، والعين باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة ، لانها تابعة للأصل فالمالك صاحب الاصل وللغاصب الشفعة فيترجح صاحب الاصل على صاحب التبع .

(كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة ، كذلك هذا (ولا معتبر بفعله) هذا جواب عما يقال أن مثل هـذا تمثيل

لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها .

ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكاً من وجـــه ألا ترى أنه تبدل الإسم وفات معظم المقاصد

فاسد ، لانه تحلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد بـــه ، أجاب بقوله ولا معتبر بفعله (لأنه محظور) أي حرام (فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف) في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سبباً للنعمة وهو الملك (فصار كما إذا انعـــدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبـة وسلخها واربها) بفتح الراء المشددة من التأريب، أو جعلها عضواً عضواً، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً .

(ولنا أنه) أي الغاصب (أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخهـا وشيها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً وأحداثها (فصير حق المالك هالكاً من وجه) لأن قيام الشيء إنما يعرف بصورته ومعناه وقد فقدت الصورة .

(ألا ترى أنه تبدل الإسم) وتبدل الإسم يدل على تبدل العين ، فكأنه لم يبق العين الأولى (وفات معظم المقاصد) فان المطلوب من عين الحنطة الزراعة والقلي واتخاذهـــا هريسة ، وبالطحن بطل هذا المقصود .

فإن قلت المقصود الأصلي في الحنطة وسائر المطعومات التغذي بها ، فان الله عزوجل ما خلقها إلا لمصالح الأنفس لتكون عدة لها ، وبالزراعة استدامتها فكانت وسيلة اليه ، وبالطحن لم يفت ما هو المقصود ، ولهذا يجري الربا بين الحنطة والدقيق ، ولا ربا بـين الحنطة والدقيق، ولا ربا بين الحنطة والدقيق ولا ربا بدون المجانسة، فإذا بقي ما هو المقصود لايكون معظم المقاصد فائتاً قلت لا شك في فوات الصورة فيفوت المعنى، لان معنى الشيء قائم بصورته ، ولا نسلم أن المقصود هو الاكل ، إذ العقلاء اعتادوا أكل عين الحنطة ، بل بعد القلي ، واتخاذها هريسة أو خبزاً يستدعي وجـــود الدقيق بوجود الحنطـة ، فكانت

وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ، ولا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور ، بل من حيث انه إحداث الصنعة ،

الوسيلة إلى هذا المقصد الاصلي من غير الحنطة هو الزراعة ، وكذلك المقصود من عين السمسم هو الزراعة ، ومن عين العنب وجريان الربا بشبهة المجانسة من حيث الصورة ، ومبناه على الإحتياط .

(وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) هذا جواب عن قوله العين باق فيبقى على ملكه ، تقريره أن حق الغاصب أولى باعتباره ، لان حقه قائم في الصفة من كل وجه ،أي انها موجودة من كل وجه فلا يضاف حدوثها إلى صاحب العين ، بدليل أن المغصوب منه إذا اختار أخذ الدقيق يجب عليه أجرة الطحان ، وكذلك لا يأخذ الثوب إلا ويعطيه ما زادت الصنعة فيه من الخياطة ، وحق الآخر في المصنوع قائم من وجه هالك من وجه ، لان حقه في الثوب والثوب ثوب بالتركيب ، والتركيب بالقطع زال من وجه وبقي من وجه ، فلو زال كله لذهب ملكه ، وكذلك بعض المنافع القائمة زال بالقطع وحدث بالخياطة ما لم يكن ، وهذا كمن غصب ابريسما فخاط بطن نفسه أو شاته لم يجز نزع الابريسم لانه هالك من وجه ، (فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه) أي اذا كان كذلك فيترجح حق الغاصب على الأصل وهو حق المالك الذي هو فائت من وجه ، لأن الصناعة قائمة بذاتها من كل وجه ، والعين هالكة فصارت الصنعة راجحة في الوجود ، وترجيحه يرجع إلى الحال ، وترجيحنا إلى الوجود ، فالرجحان في الذات أحق من الحال لأنها تابعة للذات .

(ولا نجعله سبباً للملك) هذا جواب عن قوله ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور ،تقريره أننا لا نجعل فعل الغاصب من الطحن وغيره سبباً (من حيث أنه محظور ، بل من حيث أنه إحداث الصنعة) المتقومة إذ إحداث الصنعة مشروع في نفسه ، وإنما حرم ها هنا بأن جعل مال الغير بمنزلة آلة له ، فأشبه الاحتطاب بقدوم الغير والاصطياد بقوس الغير .

(بخلاف الشاة) هذا جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة ، تقريره أن

بخلاف الشـــاة ، لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يحل له الانتفاع بهـــا حتى يؤدي بدلها استحساناً ، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر « رح » ، وهكذا عن أبي حنيفة « رح »

العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه تبدل الإسم والشاة ليست كذلك (لأن إسمها باق بعد الذبح والسلخ) حيث يقال شاة مذبوحة ومسلوخة ، كما يقال شاة حية .

فإن قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأربة ، بل يقال لحم مأرب ، فقد حصل الفعل وتبدل الإسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى إسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها ، إذ معظم المقصود منهـــا اللحم ثم السلخ ثم التأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح ، بل يحققه فلا يكون تبديـل العين ، بخلاف الطبخ بعد ، لأنـــه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها .

(وهذا الوجه) أي وجه الإستدلال ببقاء الإسم على عدم الانقطاع ، وبفوات الإسم على الانقطاع (يشمل الفصول المذكورة) أي التي ذكرهـــا القدوري من غصب الشاة وذبحها وغصب الحنطة وطحنها ، وغصب الحديد واتخاذه سيفـاً ، وغصب الصفر وعمله آنية (ويتفرع عليه غيرها) أي على الفصول المذكورة غيرهـــا مثل خبز الدقيق ونسج الغزل وغزل القطن وعصر السمسم ، فانه يقطع حق المالك عندنا خلافـاً للشافعي ومن تابعه (فاحفظه) أي فاحفظ الذي يتفرع عليها واستخرجه بالقياس .

(وقوله) أي وقول القدوري (لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلهـا استحساناً) فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط أنه يحل بالقضاء ، لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضى المالك عنده ، لا يقضي إلا بطلبه .

(والقياس أن يكون له ذلك) أي الانتفاع قبل أداء البدل (وهو قول الحسن وزفر « رح » وهكذا عن أبي حنيفة ، رواه الفقيه أبو الليث) قال الفقيـــه أبو الليث في باب

رواه الفقيه أبو الليث «رح» . ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى

الغصب بعلامة النون من الواقعات الحسابية رجل غصب لحماً فطبخه ، أو حنطة فطحنها كان عليه الضمان فصار ملكاً له وحل أكله في قول أبي حنيفة «رح» ، لأنه ملكه بالبدل. وقال محمد في العيون لا يحل حتى يرضى المالك ، وهو قول أبي يوسف ، انتهى .

ونقل في آخر كتاب الغصب من خلاصة الفتاوى عن فتاوى أهل سمرقند رجل غصب طعاماً فمضغه حتى صار مستهلكاً ، فلما ابتلع ابتلع حلالاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وشرط الطيب عنده وجوب البدل ، وعندهما أداء البدل ، والفتوى على قولهما ، انتهى . وقال الكرخي في مختصره قال الحسن قال زفر إذا طبخه أو شواه فقد صار مستهلكاً له ، وعليه القيمة ، وله أن يأكله ويطعمه من شاء رضي صاحبه بالقيمة أو لم يرض ، وبه يأخذ الحسن .

(ووجهه) أي وجه القياس (ثبوت الملك المطلق) بكسر اللام، المجوز (للتصرف، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز) لأنه ملكه بوجه محظور ، فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد ، حيث يصح بيعه .

(وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضي الله عنهم ، أحدهما رجل من الأنصار أخرج حديثه أبو داود في سننه في أول البيوع ثنا محمد بن العلاء أنا ابن ادريس أنا عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصي الحافر أوسع من قبل رجليه أوسع من قبل رأسه ، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمته في فمه ، فقال إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها ، فأرسلت المرأة، قالت يا رسول الله

إني أرسلت إلى البقيع أشتري شاة فلم أجد ، فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أن أرسل إلي بها بثمنها فلم يأخذ ، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت بها إلي ، فقال ﷺ أطعميه الأسارى [١] .

ورواه أحمد في مسنده حدثنا معاوية بن عمر أبو اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلا من الأنصار قال فذكره ، وهذا مسند الصحيح ، إلا أن كليب ابن شهاب وأبو عاصم لم يخرجا له في الصحيح ، وخرج له البخاري في رفع اليدين . وقال ابن سعد ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات ولا يضره قول أبي داود ، وعاصم بن كليب عن أبيه عن جده ليس بشيء ، فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده ، وأخرجه الدارقطني في سننه في الضحايا عن حميد بن الربيع ثنا ادريس به وحميد بن الربيع هو الخزاز بخاء معجمة وزاي مكررة .

وقال ابن الجوزي في التحقيق كذاب وتعقبه صاحب التنقيح فقال وثقه عثمان بن أبي شيبة وقد تابعه محمد بن العلاء كما رواه أبو داود ، والثاني ابن موسى أخرج حديثه الطبراني في معجمه ثنا أحمد بن القاسم الطائي ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فذبحوا له شاة فصنعو له منها طعاماً فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله فمضغه ساعة لا يسيغه ، فقال ما شأن هذا اللحم ، قالوا شاة لفلان ذبحها حتى يجيء فنرضيه في ثمنها ، فقال ﷺ أطعموها الأسارى . ورواه في معجمه الأوسط ثنا أحمد بن القاسم الطاوي ثنا بشر بن الوليد به .

(أفاد الأمر بالتصدق) أي أفاد الحديث الأمر بالتصدق الحاصل فأفاد اموراً ثلاثة ، الأول : الأمر بالتصدق الذي يدل على زوال ملك المالك إذ لو بقي الملك للمالك لأمر بالرد إليه تحرزاً عن إبطال ملك الإنسان ، أو أمر بالبيع وحفظ الثمن عند خوف الفساد ، لأن الإمام ولايته بيع مال الإنسان عند الحاجة .

---

(١) الحديث في الأصل فيه نقص ، وتصحيحه من سنن أبي داود الجزء الثالث أول كتاب البيوع ، اه مصححه .

الثاني : زوال ملك المالك ، أشار إليـه بقوله (وزوال ملك المالك) بالنصب ، أي وأفاد أيضاً زوال ملك المالك . ووجهه ما ذكرناه .

الثالث : حرمة الانتفاع قبل أداء البدل ، أشار إليه بقوله (وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء) بالنصب أيضاً ، أي وأفاد أيضاً حرمة انتفاع الغاصب بالمغصوب قبل إرضاء المالك بالتراضي أو بالقضاء . وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفـــة « رح » عن عاصم بن كليب عن أبيه به ، ثم قال ولو كان هذا اللحم باقياً على ملك مالكه الأول لما أمر به النبي ﷺ أن يطعم الأسارى ، ولكن لمـــا رآه خرج من ملك الأول صار مضموناً على الذي أخذه أمر بإطعامه ، لأن من ضمن شيئاً فصار له عن وجه غصب فإن الأولى أن يتصدق به ولا يأكله .

وأخرج الدارقطني في سننه عن عبد الواحد بن زياد عن عاصم بن كليب به ، ثم أخرج عن عبد الواحد بن زياد قال قلت لأبي حنيفة من أين أخذت قولك في الرجـل يعمل في مال الرجل بغير إذنه انه يتصدق بالربح ، قال أخذتـــه من حديث عاصم بن كليب هذا ، انتهى .

فإن قلت قال البيهقي وهذا لأنه كان يخشى عليها الفساد وصاحبها كان غائباً فرأى من المصلحة أن يطعمها الأسارى ثم يضمن لصاحبها . قلت الإمام إذا خاف التلف على ملك غائب يبيعه ويحبس ثمنه عليه كما ذكرنا . ولا يجوز له أن يتصدق به .

فان قلت هذا الحديث متروك الظاهر ، لأن المذهب أن التصدق بالذبـــح لا يعين المغصوب ، فكيف يصح التمسك به . قلت روي عن محمد أنه يتصدق بالاصل قبل أداء الضمان على أنا نقول إن الحديث يقتضي انقطاع حـــق المالك والتصدق ، إلا أن التصدق ترك للمعارض ، فبقي الحكم الآخر على ظاهره ، ولا يرد علينا اللقطة ، لان الشارع أمر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن إصابة المالك وعن صيانه المال ، وها هنا المالك معلوم ويمكن الرد عليه فلا يجوز التصدق بدون رضاه ، كما لو علم صاحب اللقطة وأمكن الرد عليه ، كذا ذكره الإمام اليرعـوي قوله المصلية أي الشوية من صليت اللحم وغيره أصليه

ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد، ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد. وإذا أدى البدل يباح له، لأن حق المالك صار موفى بالبدل، فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم، أو ضمنه المالك

صلياً، مثل رميته أرميه رمياً إذا شويته، وأراد بالاسارى المحبوسين، كذا فسره محمد «رح». قوله باللوك من اللوك وهو مضغ الشيء الصلب وإدارته في الفم، يقال لاك اللقمة ولاك الفرس اللجام. قوله لا يسيغه من ساغ الطعام مسوغاً سهل دخوله في الحلق، وأسغته أنا أي ساغ لى.

(ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد) هذا دليل معقول، وهو ظاهر. وفي بعض النسخ قيل الإرضاء أي ساغ لي قبل إرضاء المالك، والحسم القطع بالحاء المهملة (ونفاذ بيعه) هذا جواب عن قوله ولهذا لو وهب أو باعه، أي نفاذ بيع المغصوب (وهبته) أي نفاذ هبته، والمصدر في الموضعين مضاف إلى مفعوله (مع الحرمة لقيام الملك) وذلك لا يستلزم الإباحة (كما في الملك الفاسد) يعني كالمقبوض في البيع الفاسد.

(وإذا أدى البدل يباح) هذا راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها، أي إذا أدى الغاصب بدل العين المغصوبة يباح الانتفاع (لأن حق المالك صار موفى بالبدل، فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أبرأ المالك الغاصب (لسقوط حقه به) أي لسقوط حق المالك بالإبراء.

(وكذا إذا أدى بالقضاء) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البدل بقضاء القاضي، وفي المبسوط لو قضى القاضي بالضمان يحل له الانتفاع بمجرد القضاء لوجود الرضى من المالك، إذ المالك لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضياً به وقد ذكرناه مرة (أو ضمنه الحاكم) بأن كان المغصوب مال اليتيم (أو ضمنه المالك) أي أو طلب المالك من الغاصب

لوجود الرضى منه ، لأنه لا يقضي إلا بطلبه . وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها ، غير أن عند أبي يوسف « رح » يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك على كل وجه ، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه ، وفي الحنطة زرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله ما تقدم.

قال وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها

الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان (لوجود الرضى منه) أي من المالك (لأنه لا يقضى إلا بطلبه) أي بطلب المالك ودعواه ، فكان المالك ضمنه فيحل له الانتفاع بذلك .

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أصحابنا وزفر رحمهم الله تعالى (إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها) يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافاً لزفر رحمه الله تعالى (غير أن عند أبي يوسف « رح » يباح الانتفاع فيهما) أي في الصورتين المذكورتين وهما غصب الحنطة وزرعها ، وغصب النواة وغرسها (قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه) لأن الحنطة صارت قصيلا ، والنواة صارت...[1] (بخلاف ما تقدم) من غصب الشاة وذبحها وطبخها ، وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك (لقيام العين فيه من وجه) لأن إجراء الشاة والحنطة باقية (وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده) أي عند أبي يوسف (خلافاً لهما) أي لابي حنيفة ومحمد (وأصله ما تقدم) أي أصل وجود التصدق بالفضل عندهما خلافاً لابي يوسف ما تقدم عند قوله ومن غصب عبداً فأشغله ، وأراد بالاصل الدليل المذكور هناك .

(قال وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكها

---

(١) هكذا في الأصل الكلام مقطوع .

عنها عند أبي حنيفة «رح» فيأخذها ولا شيء للغاصب . وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد ، والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات ، والمضروب يصلح لذلك . وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق

عنها عند أبي حنيفة « رح ») إلى هنا لفظ القدوري وتمامه فيه . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» يملكها الغاصب . وقال الحاكم الشهيد في كافيه وإن غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها إناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديث والصفر ، لانه فضة بعينها لا تخرج من الوزن . وقال أبو يوسف ويعطيه مثل فضته ، وكذلك الذهب ، انتهى (فيأخذها ولا شيء للغاصب) وبه قالت الثلاثة ، وقيد بضربها دراهم أو دنانير ، لان في كسر الدراهم والدنانير وقلبها يضمن مثله بالاتفاق لانه غير بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل والمكسور للكاسر بعد الضمان ، وإن شاء صاحبه أخذ المكسور ولم يرجع عليه بشيء ، ويستوي إن نقصت ماليته بالكسر أو لم ينتقص . أما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغاً من غير جنسه ، وعند الشافعي من جنسه .

(وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة) وهي الصياغة (صيرت حق المالك) أي إحداث الصنعة صير حق المالك (هالكاً من وجه) لان الإسم تبدل بفعل الغاصب (ألا ترى أنه كسره) أي أن الغاصب كسره وبالكسر يتبدل الإسم والمقصود . فإن قبل الضرب يسمى ذهباً وفضة وبعده درهماً وديناراً ... (وفات بعض المقاصد) حيث كان يتعين في المعقود قبل الضرب وبعده لا يتعين ، وأشار أيضاً إلى تبدله في بعض المقاصد بقوله (والتبر) وهو القطعة المأخوذة من المعدن (لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك) أي يكون رأس المال فيها ، ففي هذا دليل على تغايرهما معنى وإسماً كما ذكرنا .

(وله) أي ولابي حنيفة رحمه الله (أن العين باق من كل وجه ، ألا ترى أن الإسم

ومعناه الأصلي الثمنية ، وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً ، لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها .

قال ومن غصب ساجة

باق) حيث يقال بعد الصنعة ذهب وفضة (ومعناه الاصلي الثمنية) أراد أن المعنى الاصلي اللازم للعين وهو الثمنية قائمكما كان بلاخلاف (وكونه موزوناً) عطف على قوله الثمنية (وانه باق) أي وإن كل واحد من الثمنية وكونه موزوناً باق ، ثم بين بقاء هذين الشيئين بقوله (حتى يجري فيه الربا باعتباره) أي باعتبار الوزن . والحاصل أن الاحكام الاربعة المتعلقه بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان الربا ووجوب الزكاة يدل على أن العين باق من كل وجه .

(وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح رأس المال ، وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة (من أحكام الصنعة دون العين) يعني لا من حكم العين ، ولهذا نقول مالا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم من الدراهم ، فلا اعتبار ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والصفر ، فإن الصنعة الحادثة تخرجها من الوزن ، حتى إذا باع قمقمة حديد بقمقمتين منه جاز إذا كان يداً بيد .

(وكذا الصنعة فيها) أي في عين الفضة والذهب (غير متقومة مطلقاً) أي في جميع الأحوال ، وهذا جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة ، تقريره أنها غير متقومة في كل حال (لأنه لا قيمة عند المقابلة بجنسها) وإنما تتقوم عند المقابلة ، بخلاف جنسها كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا .

(قال ومن غصب ساجة) أي قال القدوري «رح» ، والساجة بالسين المهملة وتخفيف الجيم خشبة عظيمة . وقيل خشبة منحوته مهيأة للأساس ، والأصح أنها خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند لها ، ثم تعمل منها الأبواب ، وأما الساحة بالحاء المهملة فسيأتي بعد

فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها . وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه عن الجانبين قدمناه . ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ،

هذا إن شاء الله تعالى (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ومن الذخيرة هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة ، أما إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكها عنها بالإجماع .

وفي الكافي للحاكم وإن غصب ساجة أو خشبة فأدخلها في بنائه أو آجرة فأدخلها في بنائه أو جصاً فبنى به ، قال عليه في ذلك كله قيمته. وليس للمغصوب منه نقض مابناه وأخذ ساجته وخشبه وآجره على حوالي الساجة لأنه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض . وأما إذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لأنه مطلقاً وجعله الأصح ، والدليل عليه أن القدوري بعد أن ذكر في شرحه لمختصر الكرخي ما ذكرناه .

قال في كتاب الصرف ومن غصب درهماً فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه ، والفضة لا تسقط حق مالكها عنها بالصياغة وإنما أسقط بكونها تابعة للمزادة ، وهذا لا يكون الا بعمل يرفعه فيها على وجه التعدي ، فدل على أن المسألة على إطلاقها ، وإنه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين على ما يأتي عن قريب .

(وقال الشافعي للمالك أخذها) أي أخذ الساجة ، وبه قال زفر وأحمد ومالك رحمهم الله على ما يأتي عن قريب (والوجه عن الجانبين قدمناه) أي الدليل في مسألة الساجة هو الذي ذكرناه من جانبنا وجانب الشافعي في المسألة المتقدمة في أول الفصل ، يعني أن الغصب عندنا عدوان ويصلح سبباً للملك . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة إلى آخره .

(ووجه آخر لنا فيه) أي وجه آخر لنا في غصب الساجة ، أي في تعليل (أن فيما ذهب اليه) أي في الذي ذهب اليه الشافعي (إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف) لأن فيه إبطال حقه (وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة) فكان فوات

فصار كمـــا إذا خـاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبـده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته .

حقه كلا فوات ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف، وكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب .

فإن قلت الغاصب جان ولا يبالى بضرر الجاني إذا كان فيه دفع الضرر عـــن المجني عليه . قلت نعم ولكن حق الجاني فيما وراء جنايته مرعي ودفع الضرر عنه واجب .

فإن قلت إنه ضرر بنفسه حيث باشر سبب ، وهو ادخال ساجة الغير في بنائه مـــع علمه بذلك فلا يبقى مستحقاً للنظر بدفع الضرر عنه . قلت لا نسلم أنه أضر بنفسه ، نعم أنه أدخل ساجة الغير في بنائه ، وهذا ليس بسبب للنقض ، بل هو سبب لانقطاع حـق المالك وثبوت الملك له .

فإن قلت قوله ﷺ من وجد عين ماله فهو أحق بـــه دليل على أن حقه لا ينقطع بإدخالها في البناء ، لأنه وجد عين ماله . قلت نحن نقول بموجبه وها هنا لم يجد عين ماله، لأن الساجة صارت هالكة من وجه ، فصارت ملكاً للغاصب .

(فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريتـــه أو عبده) حيث لا يجب رد الخيط على صاحبه بلا خلاف. ولو خاط بالخيط المغصوب جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي وأحمد رحمهما الله قولان في قول يجب رده ، وفي الثاني ينتقل حقه إلى القيمة ، وفي مغني الحنابلة ، فإن خاط بـه جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي والبغل والحمار الأهلي وخيف التلف بنزعه لم يجب النزع ، لأنه إضرار لصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ، وكان الحيوان للغاصب ، فقال القاضي يجب نزعه ورده . وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما هذا ، والثاني لا . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، انتهى . ولو غصب خيطاً وخاط به ثيابه لا يجب نقضه عندنا ، وقالت الثلاثة يجب نقضه ورد الخيط على صاحبه .

(أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) يعني ليس لصاحب اللوح نزعه ، ولكن فيـه تفصيل وهو أنه إن كان في الساحل لزمه قلعه ورده ، وبه قال الشافعي ومالك ، وإن كان في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا يغرق بقلعه يقلع ، وإن خيف غرقها لم تقلع

ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني إنما لا ينقض إذا بني في حوالي الساحة أما إذا بني على نفس الساحة ينقض لأنه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح . قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها

حتى يخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح المطالبة بالقيمة ، فإذا أمكنه رد اللوح استرجعه ورد القيمة ، وبه قال أصحاب الشافعي «رح» وفي الأسرار صورة المجيء عليهــا فيما إذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر خيف الغرق .

فإن قلت عدم جواز شرع الخيط واللوح عنده من أن فيــه تلف الناس ، لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط . قلت ثبت في كل واحدة ، أي من العلة أعني التلــف وتملك الغاصب عنها حق المالك وغيره ، وجعل حــق غيره أوأم لأن بإبطاله زيادة الضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين .

(ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساحة) بفتح اللام ، يقال فقد حوله وحوليه ، ولا يقال حواليه بكسر اللام ، وقعد حياله وبحياله . أي بإزائه ، وذلك بأن يكون بعض البناء على ساحة لنفسه لبعض على الساحة المغصوبة ، لأنه غير متعد به من كل وجه (أما إذا بني على نفس الساحة ينقض لأنه متعد فيه) من كل وجه فيقلع (وجواب الكتاب) أي القدوري ، وهو قوله بنى عليهــا (يرد ذلك) أي التفصيل لما قلنا أن ضرر المالك مجبور بالقيمة دون ضرر الغاصب (وهو الأصح) أي جواب الكتاب هو الأصح ، وقد مر بيان الأصحية عن قريب . وفي الذخيــرة لو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساحة مع تملكها بالضمان بعد القضاء بقيمتها لا تحل وقبل القضاء بها ، قيل يحل . وقيل لا يحل ، لأنه تضييع المال بلا فائدة .

(قال ومن ذبح شاة غيره بغير أمره) أي قال القدورى في مختصره ومن ذبــح شاة غيره بغير إذنه (فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه) أي إلى الذابح (وإن شاء ضمنه نقصانها) أي نقصان الشاة (وكــذا الجزور) أي وكذا الحكم إذا غصب

وكذا الجزور ، وكذا إذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية .

الجزور وذبحها ، إما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح ، وأما أن يترك العين وضمن جميع القيمة ، والجزور بفتح الجيم ما أعد للجزر من الإبل ، أي القطع وهو النحر يذكر ويؤنث ، إنما ذكره فما لوم متوهم ، وهو أن يقال إذا كان الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها ، مطلوباً ، فكيف يلزم النقصان ، بل الذبح زيادة فيه لأنه يؤخذ لأجله العوض. فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن ، لأن الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة .

(وكذا إذا قطع يدهما) أي وكذا الحكم إذا قطع يد الشاة والجزور يعني أن المالك بالخيار إن شاء أخذ العين مع نقصان القطع ، وإن شاء ترك العين الغاصب وضمنه جميع القيمة ، وهذه رواية عن أصحابنا ، والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ، ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في كافيه ، وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه هذا ، أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب . قال لأنه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي ، والغاصب بقيمة الدابة وهي له ، وكذا لو كانت بقرة أو شاة أو جزور فذبحها أو قطع يدها أو رجلها ، انتهى . وذلك لأن الدابة بعد فوات يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب ، فصارت هالكة ، ويصير الغاصب مستهلكاً فيجب عليه القيمة ، ويكون الدابة بخلاف الثوب ، فإن الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكاً لأنه يمكن أن ينتفع به الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار ، بل يكون الخيار للمالك . وفي شرح الكافي روي في رواية أن له الخيار في مأكول اللحم ، لأن اللحم مقصود كما أن عينها مقصود ، واللحم لم يتلف فكان حقه قائماً من وجه ، فكان له الخيار إن شاء ترك اللحم عليه وضمنه قيمة الدابة ، وإن شاء أخذ اللحم وضمنه قيمة النقصان .

(هذا هو ظاهر الرواية) أي المذكور من ثبوت الخيار ، وللمالك هو ظاهر الرواية ، واحترز به عما رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن صاحب الشاة بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها وضمنها قيمتها يوم غصبها ، كذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وكذلك إذا سلخها حين ذبحها أو قطع لحمها أعضاء

ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم، فصار كالخرق الفاحش في الثوب ، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الأستهلاك من كل وجه ،

ولم يطبخه والرأس قائم والجلد والأكارع والبطن كان المغصوب بالخيار إن شاء أخذ ذلك ، ولم يكن له غيره وإن شاء ضمنه قيمتها حية .

(ووجهه) أي وجه ظاهر الرواية (أنه) أي الذبح (اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر) بفتح الدال وتشديد الواو وهو اللبن ، ومنه ناقة درور ودار ، أي كثيرة اللبن (والنسل وبقاء بعضها) أى بعض الأغراض (وهو اللحم فصار) أي الحكم في هذا (كالخرق الفاحش في الثوب) على ما يجيء حكمه عن قريب ، وهذا الذي ذكره لا يعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصراً فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل .

(ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال الكاكي في تقييد هذا الحكم يعتبر مأكول اللحم ليست زيادة فائدة لما أن الحكم في مأكول اللحم كذلك ، لأن بقطع الظرف للمالك اختيار تضمين جميع القيمة في المأكول وغيره ، ذكره في المبسوط. وقال الأترازي هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما ، يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر .

وقال صاحب العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم . والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف المأكول اللحم وغير مأكوله ، حيث قال في الأول انه إتلاف من وجه ، وفي الثاني بوجود الاستهلاك من كل وجه، والظاهر من كل أنه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الخشبة وتضمين نقصانها ، ويكون ذلك اختياراً منه . وإن كان نقل الكتب

بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع إرش المقطوع ، لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف .

على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمته فله أن يمسك ويأخذ النقصان قلت أراد بذلك صاحب الهداية الإشارة إلى ما ذكره في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة السين رجل غصب دابة فقطع يدها فهذا على وجهين . أما إن كانت لا يؤكل لحمها أو يؤكل ففي الوجه الاول لا يكون لصاحب الدابة خيار لانه استهلك من كل وجه ، وفي الوجه الثاني له الخيار لانه استهلك من وجه ، انتهى .

فان قلت ما أراد صاحب الهداية من قوله فقطع الغاصب طرفها . قلت أراد به أحد قوائمها ، لان في عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة ، وكذلك في عين البقر والجزور ربع القيمة ، وفي عين الشاة ما نقصها على ما سيجيء في كتاب الديات إن شاء الله تعالى . ونقل في الاجناس عن كتاب الجنايات والديات رواية بشر بن غياث . قال أبو حنيفة في إحدى عيني الحمار أو البغل ربع القيمة . ولو فقأ عين شاة أو حمل أو طير أو كلب أو سنور أو دجاجة أو نعامة عليه ما نقصه . وقال أبو يوسف « رح » في ذلك كله عليه ما نقصه في جميع الربع ثم قالوا في قطع أذن الدابة وذنبها يضمن النقصان وجعل ذلك نقصاناً يسيراً . وعن شريح أنه إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة ، وإن كان لغيره يضمن النقصان . وفي المنتقى إذا ذبح الحمار له الخيار ، وإن قتله ليس له الخيار ، لأن جلده لا قيمة له حينئذ ، أما في الذبح بمنزلة الذبائح .

(بخلاف قطع طرف المملوك) هذا يتعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة ، أي بخلاف العبد إذا قطع الغاصب طرفه (حيث يأخذه مع إرش المقطوع ، لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف) ولا يصير مستهلكاً من كل وجه ، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها ، أي بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك ، وهذا إذا لم تكن الجناية مستهلكة ، أما إذا كانت مستهلكة فليس للمالك أن يأخذ الإرش مع إمساك الجناية عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما على ما عرف في موضعه . بيان ذلك كل جناية لو

قال ومن خرق ثوب غيره خرق يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه . وإن خرق خرقاً كثيراً تبطل عامة منافعة فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته، لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه .

حصلت في الحر أوجبت كال الدية ، فإذا حصلت في العبد فتلك مستهلكة كفقوء العينين وقطع اليدين والرجلين والذكر وقطع يد ورجل من جانب واحد .

وأما في قطع الاذنين وحلق الحاجبين إذا لم ينبت ففيه روايتان في رواية جعله مستهلكاً ، وكل جناية في الحر لا يوجب كال الدية كقطع يد أو رجل وقطع يد ورجل من خلاف ، فتلك الجناية غير مستهلكة ، ثم في الجناية المستهلكة على قول أبي حنيفة «رح» المولى بالخيار إن شاء حبس العبد لنفسه ولا يرجع بشيء ، وإن شاء سلمه إلى الجاني ويرجع بقيمته وقال صاحباه إن شاء سلم ورجع بالقيمة ، وإن شاء حبس لنفسه ورجع بالنقصان كذا في شرح الطحاوي .

(قال ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً) أي قال القدوري ، والمراد من الثوب ما يلبس كالكرباس (ضمن نقصانه ، والثوب لمالكه ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه) أي النقصان (وإن خرق خرقاً كثيراً) بالثاء المثلثة ، ويجوز بالباء الموحدة أيضاً . وأشار إلى تفسير الخرق الكثير بقوله (بحيث تبطل عامة منافعه) بأن لا يبقى شيئاً في منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما (فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته ، لأنه استهلاك من هذا الوجه ، فكأنه أحرقه) وفي شرح الكافي قال شيخ الإسلام وقال بعض أصحابنا هذا إذا كان الخرق بحال لا يمكن الخياطة ، فأما إذا أمكن خياطته ولم يبق بعد الخياطة نقصان فاحش لا يكون له تضمين جميع القيمة ، ويؤخذ بالخياطة ثم يضمن النقصان إن بقي بعد كمن جرح إنساناً جرحاً هل يؤخذ بأجرة الطبيب، فإن بقي نقصاً بعد ذلك أخذ إرشه كذلك هاهنا ، هذا إذا غصب ثوباً فخرقه ، أما إذا غصب ثوباً فقطعه قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذه ويضمنه ما نقصه القطع ، كذا ذكر الحاكم في الكافي .

قال « رض » معناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان ، لأنه تعييب من وجـــه حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم. ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان

قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه وإن شاء ضمنه قيمته ، لأنه تعييب عنده بعيب فاحش ، وإن خاطه قميصاً أو غيره فليس لصاحبه أن يأخذه لأنه صار شيئاً آخر وتعلقت به مصلحة أخرى ، فصار الأول هالكـاً من حيث المعنى ، فكان للمالك ولاية التضمين .

(قال «رض» معناه) أي قال المصنف رحمه الله ومعنى قول القدوري فلمالكـه أن يضمنه جميع قيمته انه (يترك الثوب عليـــه) أي على الغاصب (وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان ، لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم) لأنه يمكن أن يفصل عنه ثوب للصغير (ثم إشارة الكتاب) أي إشارة القدوري (إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) من حيث الظاهر ، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت من إجراء شيء لا محالة (وجنس المنفعـة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة) أراد به أنه لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعض ويبقى بعض ، كما إذا قطع الثوب قميصاً يفوت منفعة الجبة والقباء .

(واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان) أي النقصان في مالية الثوب لسبب فوت الجودة . وفي الفتاوى الصغرى قال بعضهم إن أوجب الخوف النقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش وما دونه يسير . وقال بعضهم ما لا يصلح الباقي لثوب فهو فاحش ، واليسير ما يصلح . والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض المنفعـة وبعض العين ، واليسير ما يفوت بعض المنفعة ، انتهى . وهـــو عكس ما قال صاحب

لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت بــه بعض المنافع. قال ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له أقلع البناء والغرس وردها

الهداية حيث قال ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وكل منهما نص على الأصح بما ذهب إليه كما ترى. وقال تاج الشريعة وقال الإمام رضي الدين النيسابوري مايستنكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق هو الكثير واليسير ضده . وفي غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه ، واليسير ضده .

(لأن محمداً «رح» جعل في الأصل) أي المبسوط (قطع الثوب) بدون الخياطــة (نقصاناً فاحشاً) جعل للمالك ولاية تضمين جميع القيمة (والفائت بــه) أي بالقطع (بعض المنافع) لا عامة المنافع كما أشار إليه القدوري . وأما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا ، ذكره في الذخيرة . وعند الثلاثة لا ينقطع ، وقالوا في الشق اليسير يأخذ الثوب ويضمنه النقصان . وفي الفاحش كذلك عند الشافعي وأحمد رحمهما الله . وعند مالك رحمه الله مخير كقولنا . وقال شمس الأئمة هذا الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب فهـو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية ، فإن التعيير هناك فاحشاً أو يسيراً لصاحبه الخيار بين الإمساك والدفع والتضمين قيمته ، وفي الإمساك لا يضمن النقصان لأنه يؤدي إلى الربا

(قال ومن غصب أرضاً) أي قال القدوري ، وقال تاج الشريعة سماه غصباً وإن يتحقق الغصب في العقار عندهما لما أنه يتصور بصورة الملاتكة . قلت عبارة أصحابنا في غصب العقار مختلفة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فقيل يتحقق فيه الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان ، وإليه قال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عندهما ، فعلى هذا لا يرد السؤال فلا يحتاج إلى الجواب . وقيل لا يتحقق فحينئذ يجاب بما ذكره تاج الشريعة (فغرس فيها أو بنى قيل له إقلـع البناء والغرس وردها) يروى الغرس بفتح الغين وكسرها جميعاً ، فالأول مصدر أريد بـه المفعول أي

المغروس من الشجر والنخل ، والثاني إسم ما يغرس من الشجر والنخل ، وهـــذا الحكم لا خلاف فيه .

(لقوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق) هذا الحديث رواه ستة من الصحابة رضي الله عنهم ، الأول سعيد بن زيـــد أخرج حديثه أبو داود في الجراح والترمذي في الأحكام، والثاني في إحياء الموات عن عبد الوهاب الثقفي ثنا أيوب عن هشام بن عروة عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من أحيا أرضاً ميتة فهو له ، وليس لعرق ظالم حق . قال الترمذي حديث حسن غريب ، وقد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا قلت منهم مالك في الموطأ . قال ابن عبد البر في البعض أرسله جميع الرواية عن مالك لا يختلفون في ذلك ، وأخرجه النسائي عـــن يحيى بن سعيد عن هشام ابن عروة مرسلاً .

الثاني : عبادة بن الصامت رضي الله عنه أخرج حديثه الطبراني حدثنا يوسف القاضي ثنا محمد بن أبي بكر المقدمي ثنا فضل بن سليمان عن موسى بن عقبة ثنا اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت ثنا عبادة بن الصامت عن قضاء رسول الله ﷺ وانـــه ليس لعرق ظالم حق .

الثالث : عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهـــما أخرج حديثه الطبراني أيضاً عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمر مرفوعـــاً باللفظ الأول .

الرابع : عمرو بن عوف رضي الله عنه أخرج حديثه اسحاق بن راهويـــة والبزار في مسنديهما والطبراني في معجمه وابن عدي في الكافي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف مزني حدثني أبي ابان أخبره أنه سمع رسول الله ﷺ يقول من أحيا أرضا مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له ، وليس لعرق ظالم حق، وأعله ابن عدي بكثير بن عبد الله.

الخامس : رجل من الصحابة أخرج حديثه أبو داود عن محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه مرفوعاً قال عروة فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث وفي لفظه فقال

رجل من أصحاب رسول الله ﷺ وكبر ظني أنه أبو سعيد أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض غوين ، أحدهما غرسى فيها نخلا والأرض للآخر ،فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله ، وقال ليس لعرق ظالم حق قال فلقد أخبرني الذي حدثنى بهذا الحديث أنه رأى النخل تقطع أصولها بالفوس .

السادس : عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها أبو داود رحمه الله تعالى والطيالسي في مسنده ثنا زمعة عن الظهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ البلاد بلاد الله والعباد عباد الله ، ومن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق . ومن طريق الطيالسي رواه الدارقطني في سننه والبزار في مسنده . وقال أبو داود رحمه الله تعالى قال هشام العرق الظالم أن يغرس الرجل في أرض غيره فيستحقها بذلك . وقال مالك رحمه الله تعالى العرق الظالم كل ما أخذ واحتكر وغرس بغير حق .

وذكر في النهاية بتنوين عرق وظالم صفة لا غير ، ورواية الفقهاء على الصفة والإضافة . وفي المغرب أي الذي عرق ظالم حق وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً ، كأنه غرسها على وجه الإغتصاب ليستوجبها به . وقال تاج الشريعة وروي بالإضافة ، أي ليس لعرق الغاصب حق ، أي ثبوت ودوام بل يؤمر بقلعه . قلت العرق في الأصل بكسر العين هو عرق الشجر والبدن ، ويجمع على عروق .

فإن قلت هذا حكم غرس الشجر والبناء فكيف حكم الزرع في أرض الغير . قلت روى أبو عبيدة في كتاب الأموال عن شريك عن أبي إسحاق عن عطاء بن أبي رباح عن رافع ابن خديج رضي الله تعالى عنهم عن النبي ﷺ قال من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء ، فقضى على رب الأرض بنفقة الزرع وجعل الزرع لرب الأرض بنفقة الزارع ، قال والفرق بين الزرع والنخل أن الزرع إنما يمكث في الأرض سنة ، إذا انقضت السنة رجعت الأرض إلى ربها فلم يكن لتأخير نزعها وجه .

وذكر في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة العين رجل غصب أرضاً فزرعها

ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكه والغصب لا يتحقق فيها ، ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ، كما إذا شغل ظرف غيره بطعــــامه ، فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً ،

حنطة ثم اختصما وهي بذر لم ينبت بعد فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركهـــا حتى ينبت ، ثم يقول له اقلع زرعك وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه . أما الخيار فلأنــه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك ، فإن اختار إعطاء الضمان كيف يضمن ، روى هشام عن محمد أنه يضمن ما زاد البذر فيه فتقوم الأرض غير مبذور ، وتقوم مبذور لكن ببذر ولغيره حق النقض والقلع إذا نبت ففضل ما بينهما قيمة بذر في ارض غيره .

وقال فيه أيضاً بعلامة الباء رجل القى بذره إلى أرضه وجاء رجل والقى بذره وسقى الأرض فنبت البذران جميعاً، أو القى فيها بذره وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض فنبت البذار لا جميعاً فما نبت يكون للأرض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك عنده وعليه للأول قيمـــة بذره ، لكن مبذوراً وفي أرض ملكه . وطريق معرفة ذلك ما مر لكن ثمة يضمن قيمة بذره في أرض نفسه ، فان جاء صاحب الأرض وهو الاول فألقى فيهــــا بذر نفسه مرة ثالثة وقلب الأرض قبل ان ينبت فيها البذران أو لم يقلب وسقى ما ثبت من المبذور كلها فهو له وعليه الغاصب مثل بذره مبذوراً في أرض غيره لأنه أتلف ذلك .

(ولأن ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقــــق فيها) أي في الارض (ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها) أي فيؤمر شاغل أرض الغير باخلائها عما شغلها (كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه) بأن غصب ظرفــاً فطرح فيه متاعه فانه يؤمر بتفريغه ، فكذا هذا .

(فان كانت الأرض تنقص بقلع ذلك) أي بقلع الغرس والبنــاء (فللمالك أن يضمن له) أي الغاصب (قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً) أي حال كون كل واحد من الغرس

ويكونان له لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما .

والبناء مقلوعاً ، وكان الاصوب أن يكون مقلوعين على مـــا لا يخفى ، وليس المراد أن يقلعا ثم يقوما لدلالة الحال عليه ، وإنما المراد يقومان وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين على ما يجيء الآن (ويكونان له) أي يكون الغرس أو البناء لمالك الارض (لان فيـــه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما) أي لان في هذا المذكور نظراً للمالك والغاصب جميعاً ،لان في منع الغاصب من البناء والغرس إضراراً له لانه عين ماله فلا يجوز منعه منهـــا ، وفي قلعه وتسليمه ضرر على المالك وقد قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. وفيما ذكرنا نظر ورعاية للجانبين .

وفي الذخيرة والمحيط لو غصب ساجة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك ، ثم قال وكان الإمام أبو علي النسفي يحكى عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه مفصلا فقال إن كانت قيمة الساجة أقل من قيمة البناء ليس للمالك أن يأخذها ، وإن كانت قيمة الساجة أكثر فله أن يأخذها . قال مشايخنا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد . قال ومن كان في يده لؤلؤة فسقطت فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة بين أخـــذ الدجاجة بقيمتها وبين ترك اللؤلؤة وأخذ قيمتها .

وكذا لو أودع رجلا فصيلاً فكبر الفصيل حتى لم يكن إخراجـه من البيت إلا بنقض الجدار ينظر إلى أكثرهما قيمة ويخير صاحب الأكثر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه . وكذا لو كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجها إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة . وكذا لو أدخل رجل أترجـــة في قارورة غيره فكبرت الأترجة فلا خيار لأحد وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمتها، وتكون الأترجة والقارورة بالضمان ، قيـــل يمكن أن يجاب عنها بأنه لا تعدي فيها بخلاف مسألة الغصب لأنه متعد فلا يراعى حقه . وفي خلاصة الفتاوى رجل بنى حائطاً في كرم رجل بغير أمر صاحب الكرم فإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمـــة التراب ، فان غصب أرضاً وبنى حائطاً فجاء صاحبها وأخذ الأرض فأراد الغاصب النقض إن بنى الحائط من

وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعة فيضمن فضل ما بينهما قــال ومن غصب ثوباً فصبغة أحمر أو سويقاً فلته يسمى . فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما ، وقال الشافعي « رح » في الثوب لصــاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ

تراب هذه الأرض ليس له النقض وتكون لصاحب الأرض ، وإن بنى الحائط من تراب غير هذه الأرض فله النقض .

(وقوله قيمته مقلوعاً) أي قول القدوري يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعــاً (معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه) أي لأن حـق صاحب الغرس في الغرس (إذ لا قرار له) أي للغرس أو البناء ، يعني لا نهايــة لهما بخلاف الذرع (فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ، ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه) قوله لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه صفــة لقوله شجر أو بناء (فيضمن فضل مابينهما) أي فيضمن صاحب الأرض فضل ما بين القيمتين مثلا إذا كانت قيمـة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير ومع الشجر الذي يستحق قلعــه خمسة عشر ديناراً فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فتسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا في البناء

(قال ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر ، أو سويقــاً) أي قال القدوري والسويق بالسين يعمل من حنطة مقلية . وقد قيل بالصاد وهي لغة بني العبير (فلته بسمن) أي خلطه من باب طلب يطلب (فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما) أي أخذ الثوب والسويق (وغرم ما زاد الصبــغ والسمن فيهما) أي الثوب والسويق ، وبه قال مالك في الصبغ .

(وقال الشافعي رضى الله عنه في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ

بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة بني فيها ، لان التمييز ممكن ، بخلاف السمن في السويق ، لان التمييز متعذر .

بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة) بالحاء المهملة، إن فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم يتضرر الارض به فكذلك هاهنا ، لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه (بنى فيها، لان التمييز ممكن) يعنى بالغسل والعسر ، وكـــذا في المخلط إذا كان التمييز ممكناً يجب التمييز والرد ، وإن كان غير ممكن يجب رد مثله . وفي الوجيز وشرحه لو كان قيمة الصبــــغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان يبيعان ويقسمان الثمن بينهما. وفي الحلية إذا طالبه صاحب الثوب بقلع صبغه وإذا امتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان ، أحدهما لا يجبر وهو قــول أبي العباس ، والثاني يجبر وهو قول ابن حيران وأبي إسحاق .

ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان ، يجبر ليصل الغاصب إلى حقه ، ولا يجبر . وفي الخلط إن كان بمثله وطلب المالك أن يدفع إليه حقــــه وامتنع الغاصب في المنصوص الخيار للغاصب ، وفي وجه يلزمه دفعه إلى المالك. ولو خلطه بأجود وبــذله الغاصب صاعاً مثله ففيه وجهان في المنصوص الخيار للغاصب والثاني أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما ، ولو خلطه بمادته أجبر الغاصب على دفع ملك المالك . وعند مالك أخذه بالمثل من غيره . ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قــــدر القيمتين . ولو خلط من غير جنسه لزمه صاع من مثله . ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، وبه قال مالك في الصورتين . وعن أحمد مثله .

وفي مغني الحنابلة لو خلطه بما لا قيمة له كالذائب بالماء فان أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسد رجع عليه بمثله لأنه صار مستهلكاً وإن لم يفسد رده ورد ما نقصه . وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزمه الغاصب، لانه بسببه، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحواً مما ذكرنا .

(بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر) لان السمن يدخل في أجزاء السويق، فلا يمكن إخراجه حتى لو كان يمكن فالحكم حينئذ يكون كما في الثوب .

ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل . بخلاف الساحة بنى فيها ، لان النقض له بعد النقض ، أما الصبغ فيتلاشى . وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح ، لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب ، فيتملك صاحب الاصل الصبغ

(ولنا ما بينا) يعني في مسألة الساحة بالجيم بقوله وجه آخر لنا (أن فيه) أي في ثبوت الخيار للمالك (رعاية الجانبين) أي جانب المالك وجانب الغاصب (والخيرة) أي الخيار ، وهذا جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض فقال الخيار (لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل) لان الثوب أصل والصبغ صفة ، فيكون كالبائع له والسويق بمنزلة الثوب ، والسمن بمنزلة الصبغ .

(بخلاف الساحة) بالحاء المهملة أيضاً (بنى فيها ، لان النقض له بعد النقض) أي الغاصب فلا يكون ماله صائعاً والنقض الاول بالنون المضمومة بمنزلة المنقوض ، وهو كالخنث والاجر ، والنقض الثاني بالفتح مصدر نقضت الشيء إذا فكيت تركيبه (أما الصبغ فيتلاشى) بالغسل ، ولم يحصل للغاصب شيء ، فكذا أثبتنا الخيار له (وبخلاف ما إذا انصبغ) الثوب (بهبوب الريح) بأن هبت الريح بصوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ ، فإنه لا خيار له (لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب) أي يضمن صاحب الصبغ ، وهو على صيغة المجهول بالتشديد ، والثوب منصوب على أنه مفعول ثان (فيتملك صاحب الاصل الصبغ) فيتملك صاحب الاصل ، وهو الثوب بالرفع جواب شرط محذوف ، أي إذا لم يكن صاحب الصبغ جانياً فيتملك صاحب الاصل وهو الثوب الصبغ بدفع قيمته إلى صاحب الصبغ ، كذا ذكره في الكافي حيث قال وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح فانه لا يثبت الخيار لرب الثوب ، بل يؤمر به بدفع قيمة الصبغ لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ .

قـــال أبو عصمة في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصـــاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ، لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع .

ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه

وفي الإيضاح لو انصبغ بغير فعل أحد فهو لرب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ. وفي قول أبي حنيفة وإن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطـــاه ما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء امتنع فيه فيباع الثوب فيصرف بقيمته ثوباً أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب ، لانه لم يوجد من أحـــد فعل هو سبب للضمان ، فانتفى الضمان ، وصارا شريكين وبه قالت الثلاثة .

(قال أبو عصمة) هو سعيد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف ، وهـو تلميذ أبي يوسف القاضي رحمه الله (في أصل المسألة) أي في قوله ومن غصب ثوباً فصبغـــه أحمر ، واحترز بهذا القيد من أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بـما يليه من مسألة الانصباغ ، وان كانت مسألة الانصباغ كذلك ، لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة فلذلك قيد به تصحيحاً للنقل (وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ) أي فيضرب صاحب الصبغ (بما زاد الصبغ فيه ، لأن له) أي لصاحب الثوب (أن لا يتملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه) أي عند امتناع صاحب الثوب عن تملك الصبغ بالقيمة (تعين رعاية الجانبين في البيع) لأنه طريق اتصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه معنى (ويتأتى هذا) يعني يتيسر هذا الاختيار للمالك يعني قول أبي عصمة إن شاء رب الثوب ... إلى آخره .

(فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه) من غير أن يكون لصاحب الصبغ فعل فيه ، لأنـــه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ بدون جناية منه ، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمنه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة ، فأما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبـــغ

وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق ، غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته .

وقال في الاصل يضمن قيمة السويق ، لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً

يتعين له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض والتحقيق أن ما قاله أبو عصمة لا يتأتى في أصل المسألة ، لأن ثمة لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ بالقيمة أو يضمن الغاصب ، وإذا كان له ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة ، وفيما إذا انصبغ ليس له أن يضمن صاحب الصبغ لما أنه غير جائز فيه فيتعين البيع عند امتناعه من التملك (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسألة الصبغ والإنصباغ .

(الوجه) يعني جواب المسألة وتعليلها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فصل والحاصل أن ما قلنا في غصب الثوب وصبغه فهو الوجه في غصب السويق ولته بالسمن ، ويجيء قول أبي عصمة فيه ، إلا أن بين السويق والثوب تفاوتاً ، وهو أن الضمان في غصب الثوب قيمته ، وفي السويق مثله لكونه مثلياً ، أشار إليه بقوله (غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته) .

(وقال في الأصل) أي المبسوط (يضمن قيمة السويق ، لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً) وقال الحاكم في كافيه وإذا غصب سويقاً ، فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة سويقه وإن شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب ما زاد فيه من السمن . قال الشيخ علاء الدين الاسبيجابي وفيه إشكال ، وهو أنه قال في الكتاب ضمنه قيمة السويق وانه مثلي ولم يقل مثله ، وقد اختلف أصحابنا في ذلك ، والصحيح ما ذكره في الكتاب ، لأن السويق أجزاء حنطة مقلية ، والحنطة بالقلي تخرج من أن تكون من ذوات الأمثال ، لأن القلي يسد طريق المماثلة فلا يكون السويق مثلياً . وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في شرح الكافي أن السويق من ذوات القيم وإن كان مكيلا ، وقال كل مكيل لا يكون مثلياً وكذلك كل موزون لا يكون مثلياً ، إنما المثلي من المكيلات والموزونات ما هي متفاوته فليس بمثلي كالعدديات ، فان للمتقاربة أمثال .

وقيل المراد منه المثل سمـــاه به لقيـــامه مقامه ، والصفرة كالحمرة .
ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة . وقيل
هذا اختلاف عصر وزمـــان، وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو
نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة ،

وأما المتفاوتة فلا ، وكأن المكيلات والموزونات والعدديات سواء . وكذا يجب أن تكون الزرعيات على هذا وبين السويق والسويق قد يكون تفاوت فاحش بسبب القلي فلا تكون أمثالاً متساويـة .

(وقيل المراد منه) أي من القيمة ، ذكر الضمير بتأويل ما يقوم (المثل سماه به)أي سمى محمد « رح » المثل القيمة في قول يضمن قيمة السويق ، وتذكير الضمير في بـــه على التأويل الذي ذكرنا (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغصوب (والصفرة كالحمرة) يعني فيما إذا صبغ المغصوب بالصفرة فحكمه حكم ما إذا صبغـــه بالحمرة في الوجوه كلها مع الخلاف .

(ولو صبغه أسود) أي ولو صبغ الثوب المغصوب صبغاً أسود (فهو نقصان عندأبي حنيفة) فاذا كان نقصاناً فلرب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً عنده (وعندهما زيادة) كالحمرة والصفرة فيجزىء فيه ما يجزىء فيها .

(وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فان أبا حنيفـــة كان في زمن بني أمية وكانوا يمتنعون عن لبس السواد ، فأجاب على ما شاهد ، وهما أجابا على مـــا شاهدا من عادة بني العباس بلبس السواد ، وكان أبو يوسف يقول أولاً بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد احتاج إلى التزام الزيادة بالصبغ وقال السواد زيادة . وحكي أن هارون الرشيد شاور مع أبي يوسف في لون الثوب للبس فقال أبو يوسف الألوان ما يكتب بـــه كتاب الله تعالى ، فاستحسنه هارون منه ذلك واختار لون السواد وتبعه من بعده .

(وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان ،وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة) الحاصل من هذا لأنه لا خلاف في الحقيقة في هذه المسألة ، وإنما يرجع إلى العـــادة في كل

وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد «رح» أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان إحدى الخمستين جبرت بالصبغ

زمان ، فان كان السواد زيادة غرمه المالك والا لم يغرمه، كذا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي (وقد عرف في غير هذا الموضع) أي في شرح مختصر الكرخي وغيره من الكتب المبسوطة .

(ولو كان ثوباً) أي ولو كان المغصوب المصبوغ ثوباً (ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة) ولا تنقص قيمته به (فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم) لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ على قيمة الصبغ خمسة ، فالخمسة بالخمسة قصاص ، ويرجع عليه ما بقي من النقصان وهي خمسة ، وهو معنى قوله (لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ) هذه رواية هشام عن محمد ، كذا في العيون .

وقال الولوالجي في فتاواه ولو غصب العصفر صاحب الثوب وصبغ به ضمن مثل ما أخذ ، لأنه استهلكه ، فان لم يقدر عليه فهو على الاختلاف الذي عرف فيما ينقطع عن أيدي الناس وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لأن الصبغ فيه كالهالك ، والسواد هنا كالعصفر عند أبي حنيفة «رح» أيضاً ، لأن الضمان يجب بإتلاف الصبغ . ولو وقع الثوب بنفسه في الصبغ فانصبغ ، فان كان أسوداً يأخذ رب الثوب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه بما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء فيه باع الثوب ويضرب فيه صاحب الثوب بقيمته وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ من الثوب ، لأن المالك لم يرض بالتزام ضمان الصبغ ، ولا يضمن صاحب الصبغ هاهنا ، لأنه لا صبغ له بخلاف ما قبله .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد والعصفر سواء، وكذلك الثمن يختلط بالسويق

فصـــل

ومن غصب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها ، وهذا عندنا ، وقال الشافعي لا يملكها ،

والسويق بمنزلة الثوب لأنه أصل والسمن كالصبغ . وأما العسل والسويق إذا اختلطـــا فكلاهما أصل . ولو غصب ثوباً من رجل وصبغه بعصفر الآخر ثم ذهب الفاعل فلم يعرف فهو كما لو اختلط بغير فعل لأحد ، لأنه تعذر اعتبار فعله للضمان فهو كالعدم . ولو كان صاحب الثوب غصب العصفر ثم باعه فلا سبيل لصاحب العصفر على المشتري،لأن الغاصب استهلكه . ولو أن صاحب العصفر غصب الثوب وصبغه ثم باعه وغاب وحضر صاحب الثوب قضى له بالثوب ، لأنه ملكه ويستوف منه بكفيل ، لأن للغاصب فيه حقاً وهـو الصبغ . ولو غصب ثوباً وعصفراً لرجل واحد وصبغه كان للمالك أن يأخذه مصبوغـاً وبرىء الغاصب من الضمان ، لأن مال الانسان لا يستهلك بحاله بالخلط انتهى .

وقال في شرح الطحاوي ولو اغتصب من رجل ثوباً ومن الآخر صبغـاً فصبغه ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لأنه أتلف صبغه حين صبغ بـه الثوب فصار بعد ذلك كأنه صبغ بصبغ نفسه ، وقد مر بيان ذلك .ومما يتصل بالمسائل فتح رأس تنور حتى يرد فعليه قيمة الحطب مقدار ما يسخن بـه ، وممكن أن يقال ينظر بكم يستأجر التنور المسجور للانتفاع فيضمن ذلك القدر أو ينظر إلى أجرته مسجوراً وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما ، والله أعلم بالصواب .

(فصـــل)

أي هذا الفصل يحتوي على مسائل متفرقة تتعلق بالغصب ، فلذلك أخره .

(ومن غصب عيناً فغيبها) بالغين المعجمة (فضمنه المالك قيمتها ملكها) أي ملك الغاصب تلك العين ، وبه قال مالك (وهذا عندنا) أي تملك الغاصب العين المغصوبـة بعد الضمان مذهبنا .

(وقال الشافعي لا يملكها) وبه قال أحمد « رح » حتى لو ظهرمن يستردهـــا ويرد

لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر

القيمة . وقال البرغوي فائدة الخلاف في ملك اكتسب ونفود البيع وجوب الكفن على الغاصب لأنه ملكه عندنا (لأن الغصب عدوان محض) أي حرام خالص مافيه وجه إباحة (فلا يصلح سبباً للملك) لأن الملك مشروع وغير المشروع لا يكون مفضياً إلى المشروع إذ أدنى درجات السبب أن يكون إباحة فلا يملكه (كما في المدبر) بأن غصبه وغيبه وضمن قيمته ، فانما يملكه بالإتفاق .

(ولنا أنه) أي المالك (ملك البدل) وهو القيمة (بكماله) أي يداً ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل ، لكن يشترط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك ، أشار اليه بقوله (والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك) احترز عن المبدل فانه غير قابل للنقل على ما يجيء الآن (فيملكه) أي إذا كان كذلك يملك الغاصب المغصوب أداء البدل (دفعاً للضرر عنه) أي عن الغاصب وتحقيقاً للعدل كما في سائر المبادلات .

(بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر) وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب ، وإلا لم يكن تعليل صح الثلاثه مالك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد،فانه قال في الأسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي . وقال شمس الأئمة في المبسوط وهذا وهم ، فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ، وهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة ، فالغصب عدوان محض ، والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ، ولا يصلح أن يحمل العدوان المحض سبباً له ، فانه ترغيب

للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به . ولا يجوز إضافة مثله إلى الشروع .

قيل فيه نظر ، لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقاً ، بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنقطعة . ولا نسلم أن يقال الغصب موجب لرد العين وللقيمة عند تعذر رد العين ، ثم يثبت الملك للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا مقصوداً بالغصب ، ولهذا لا يملك الولد فانه بعد الانفصال لا يبقى تبعاً وما يثبت شرطاً يثبت تبعاً،والكسب ليس كذلك، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً فيملكه الغاصب .

وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فاذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء انتظر إلىظهورهعليه فيأخذه ، وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته . فلو ظهر العبد بعد ذلك فانه ينظر إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بها إما بتصادقهما عليها أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله له أن يأخذ عبداً بعينه . ولو أخذ القيمة بقول الغاصب ويمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء حبس القيمة ورضي بها وسلم العبد إلى الغاصب ، وإن شاء رد القيمة التي أخذها ويسترد العبد وللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة . ولو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فلا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذ ، وإن لم يكن فيه فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة .

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال إذا ظهر العبد وقيمته مثل ما قال المالك فلا خيار للمالك ولا سبيل له على العبد في ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل ، ولو كان المغصوب مدبراً وأبق عند الغاصب فإنه يضمن القيمة ، لأن المدبر يضمن بالغصب ، ولكنه لا يصير ملكاً للغاصب حتى أنه لو ظهر يرده على مولاه ويسترد منه القيمة وليس للغاصب حبسه لأجل القيمة لأنه لا يجوز بيعه ولا يجوز حبسه بالدين . وإن كان المغصوب أم ولد فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن في أصله أن أم الولد ليست بمال ،

نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء ، لكن البيع بعده يصادف القن . قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المـــالك يدعي الزيادة وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه . إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبتـــه بالحجة الملزمة

وعندهما هي كالمدبر. وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما في الغصب وساوى بينهما في الشراء. ولو قبضهما المشتري بتسليم البائع وهلك عند المشتري فلا ضمان عليه فيهما جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن القيمة فيهما جميعاً . ولو جني على كل واحد منهما وجب الإرش فيهما جميعاً على الجاني بالإجماع ، انتهى .

(نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء)هذا جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل، فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير . وتقرير الجواب القول بالوجوب يعني هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المشار إليه (لكن البيع بعده يصادف القن) لا المدبر فيجوز بيعه القن بهذا الطريق ، وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه .

(قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) أي قال القدوري رحمه الله وهذا لا يعلم فيه خلاف (لأن المالك يدعي الزيادة وهـــو ينكر) أي الغاصب ينكر تلك الزيادة (والقول قول المنكر مع يمينـــه) لقوله عليه السلام اليمين على من أنكر (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) أي من الذي يدعيه الغاصب (لأنه أثبته) أي لأن المالـــك أثبت ما ادعاه من الزيادة (بالحجة الملزمة) وهي البينة ، فان عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعـــواه ، لأن بينته تنفي الزيادة ، والبينة على النفي لا تقبل .

وقال بعض المشايخ ينبغي أن يقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله . ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة . ومن المشايخ رحمهم الله من فرق بين هذا ، ومسألة الوديعة وهـــو الصحيح ، لأن

قـــال فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما يضمن وقدضمنها بقول المالك أو بينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المـــالك حيث

المودع ليس عليه إلا باليمين وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة . وأمـــا الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة ، وباقامة البينة لم يسقط اليمين ، فـلا يكون في مانع المودع .

وفي المبسوط والذخيرة في دعوى الغصب ذكر الجنس والصيفـة ليس بشرط كما في سائر الدعاوى،لأنـ محمد رحمه الله ذكر في الأصل أقام بينة على رجل أنه غصب جارية له يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها . قال الحلواني رحمه الله هذه المسألة ممـــا يحفظ ، لأنه قال أقام بينة ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها . قال بعض المشايخ رحمهـم الله تأويل المسألة أنه ذكر الجنس والصفة والقيمة .

وقال أبو بكر الأعمش تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بـذلك ، فأمـا الشهادة على فعل الغاصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب ، لكن القضاء بالمجهول غير ممكن ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفـة للضرورة ، لأن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة وحين يغصب إنما يأتي من الشهود معاينـــة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فـسقط اعتبار علمهم للتعذر فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته باقراره فيحبس .

(قال فان ظهرت العين) أي قال القدوري فان ظهرت العين المغصوبة (وقيمتهـــا أكثر مما ضمن) أي والحال أن قيمتها أكثر مما ضمن الغاصب (وقد ضمنها بقول المالك) أي والحال أنه قد ضمن الغاصب العين المغصوبة بقول صاحبها (أو ببينـــة أقامها) أي وضمنها بينة أقامها المالك (أو بنكول الغاصب عن اليمين) بأن عجز المالك عن إقامة البينة على ما ادعاه فطلب يمين الغاصب فنكل عنهـــا وحكم عليه بما ادعاه المالك (فلا خيار للمالك) في هذه الصور كلها وبه قال مالك . وعند الشافعي رضي الله عنه وأحمد له الخيار لعدم زوال ملكه عندهما عنه(وهو) أي العين المغصوبة ذكر الضمير على تأويل

ادعى هذا المقدار . قال فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضـــاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما قاله الكرخي انه لا خيـــار له

المغصوب (للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هــذا المقدار) ولم يدع الزيادة .

(قال وإن كان ضمنه) أي قال القدوري ، أي وإن كان المالك ضمن الغاصب (بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخـذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة) أراد أن رضاه بهذه المبادلة لم يتم ، وإنما أخذه بما زعمه الغاصب ضرورة عدم البينة ، وإن الشيء خير من لا شيء وعدم تمـــام الرضى يمنع لزوم المبادلة ، كما إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً (وأخذه دونها لعدم الحجة) هذا جواب عما يقال إن أخذه القيمه . وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضى فكانت المسألة كالأولى ، فأجاب بقوله وأخذه دونها ، أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضى ، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة ، فـــلا يدل على رضاه ، بخلاف المسألة المتقدمة ، لأن دعواه ملك القيمة كانت باختياره .

(ولو ظهرت العين وقيمتها) أي والحال أن قيمتها (مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني فيما ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه (فكذلك الجواب) يعني فهــو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الروايـــة وهـــو الأصح) لأنه هو المذكور في الأصل مطلقـــاً ، وكذلك الطحاوي أطلق الرواية في مختصره .

(خلافاً لما قاله الكرخي أنه لا خيار له) لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله (لأنه لم

لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء

قال ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ،

يتم رضاه) دليل قوله وهو الأصح لا دليل قول الكرخي (حيث لم يعطه) أي المالك ، وهو على صيغة المجهول (ما يدعيه) من القيمة (والخيار لفوات الرضاء)أي ثبوت الخيار له لفوات رضاه بما أعطى من القيمة ، وقد ذهب القدوري في شرحه لمختصر الكرخي إلى ما ذهب إليه الكرخي حيث قال فأما إذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب أو أقل فلا سبيل لصاحبها عليها، لأنه استوفى البدل ولم يظهر فيه زيادة. وأما إذا كانت القيمة أكثر مما قال الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ، وذلك لأنه لم يستوف بدل العين الذي ادعاه ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل ، فكان له الخيار .

ثم قال القدوري وكان أبو بكر الرازي يقول إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا تجوز أن تكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور ، فأما إذا كانت مما يجوز أن يحدث فادعى الغاصب أنها حدثت وادعى المغصوب منه إن كانت فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن التمليك قد صح ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصب فلا يفسخ التمليك بالشك .

ثم قال القدوري ومن أصحابنا من قال لا رواية في العين إذا ظهرت وقيمتها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك الخيار أم لا ، وهو موضع محتمل، وقد قال محمد في الغصب ما يدل على أنه يثبت له الخيار لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة ، لأن المالك لم يستوف ما ادعى من القيمة ، وهذا يدل على أن القيمة إن كانت تامة فالخيار ثابت له ، لأنه لم يستوف ما قال من القيمة . وذكر أبو يوسف في الإيلاء ما يدل على أنه لا خيار له ، لأنه قال في تعليل مسألة نقصان القيمة ، لأن المالك لم يستوف القيمة بكمالها ، وهذا يدل على أنه إذا استوفاها لا خيار له والله أعلم .

(قال ومن غصب عبداً) أي قال في الجامع الصغير ومن غصب عبد رجل (فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه) وبه قال أحمد « رح » في رواية . وقال في أخرى

وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه ، لأن الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستند أوضرورة ، ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب . قال وولد

لا يجوز بيعه كالاعتاق ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك كتصرفات الفضولي .

(وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه،لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوت مستند) والثابت بالاسناد ثابت من وجه حكماً لا حقيقة ، فيكون ناقصاً والناقص يكفي البيع دون العتق على مايجيء (أو ضرورة) أي يثبت ملك الغاصب ضرورة القضاء بالضمان كيلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت بالضرورة ثابت من وجه دون وجه .

(ولهذا) أي ولأجل ثبوت الملك له ضرورة (يظهر في حق الإكساب دون الأولاد) أي يظهر ثبوت ملك الغاصب في حق الإكساب ، ولا يظهر في حق الأولاد بأن غصب جارية فكسبت اكساباً قبل أداء الغاصب الضمان ، فالإكساب للغاصب ، ولو ولدت أولاداً قبل أدائه الضمان ثم أدى الضمان فالأولاد للمغصوب منه فيكون الملك ناقصاً ، إذ لو كان تاماً لكان الأولاد بأداء الضمان كما في البيع ، فإن من اشترى جارية فولدت قبل أداء الثمن ثم أدى المشتري لتمام الملك (والناقص) أي الملك الناقص (يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب) فانه يملك البيع ولا يملك العتق ، لأن ملكه ناقص، وإنما قال باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازاً عن اعتاق المشتري من الغاصب فإن فيه روايتين ، في رواية يصح إعتاقه وهو الأصح ، قياساً على الوقف ، وفي رواية لا يصح .

وفي الكافي للحاكم هذا فيما إذا أعتق الغاصب ، أما إذا أعتق المشتري من الغاصب فأجاز المالك البيع فيه خلافاً فعند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف يصح اعتاقه موقوفاً على إجازة المالك البيع ، فاذا أجاز نفذ على المشتري ، ويكون الولاء له . وقال محمد وزفر «رح» لايصح،وقال أبو سليمان هذه رواية محمد رحمه الله عن أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه . وقال ابن أبي ليلى عتق المشتري من الغاصب قيمته ، وإن كان مات ثم سلم رب العبد لم يجز البيع .

المغصوبة ونماؤها وثمرة البستـــان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلى أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه ، وقـــال الشافعي « رح » زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه . ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

(قال وولد المغصوبة ونماؤها) أي قال القدوري ، أي ولد الجارية المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال سواء غصبها حاملا وولدت عنده أو حبلت في يد الغاصب (وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبهـــا مالكها فيمنعها إياه) وبـــه قال مالك « رح » وأما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء وغير مضمون على الغاصب لأنـه بدل المنفعة وهي غير مضمونة على الغاصب على ما يجيء .

(وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت) كالسمن والجمال (أو منفصلة) كالولد والثمر ، وبه قال أحمد رحمه الله (لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مـــال الغير بغير رضاه) فتكون مضونة (كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يـــده يكون مضموناً عليه) لأن ضمان الأصل باعتبارية مبطلة عليه ، وهذه اليد ثابتة بعينهـــا على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مضمونة ضرورة .

(ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يدالمالك على ما ذكرناه)في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود على ما نحن فيه ، لأنهـــا ما كانت ثابتة ، وهو معنى قوله (ويد المالك ما كانت ثابتة على هـــذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) .

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب ، وذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه وسلمه

فان قيل هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حملا ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار . أجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعد عيباً في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير .

سلمنا ذلك لكن لإزالة ثمة ظاهر ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، أشار إليه بقوله (ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع) يعني لو اعتبر يد المالك ثابتة على الولد تقريراً تبعاً لملك الأم ، فانه ما زال اليد التقديري لا يمنعه عند الطلب ، بخلاف الأم ، فان الزائل ثمة اليد الحقيقي فيتحقق الغصب باعتباره (حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب) أي مختصر القدوري (وذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه فسلمه) إنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعد ، فإن تفويت يده يحصل به ، لأنه كان متمكناً من أخذ من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع .

فإن قيل إن الأم مضمونة البتة والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرقبة والملك في الشراء . أجيب بالضمان ليس بصفة قارة في الأم ، بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب ، فان وصف به المال كان مجازاً .

فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب ، فانه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والمسقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً ، والغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد ويضمن الأموال بالإتلاف تشبيهاً كحفر البئر في غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب إنما قلنا أن الغصب على التفسير المذكور

وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبـــل التمكن من الإرسال لعدم المنع ، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ، ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ، ويجب بالإعانة

يوجب الضمان مطرداً لا محالة . وأما ان كل ما يوجب الضمان كل غصب فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه من العلة ما يكون تعدياً .

(وفي الظبية المخرجة من الحرم) هذا جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم، تقريره أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهـو ظاهر الفساد ، لأنه لا ضمان عليه ، وهو معنى قوله (لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع) وإن قال عليها بعد التمكن فكذلك ، لأن الضمان فيه باعتبـــار المنع ، وهو معنى قوله (وإنما يضمنه) أي الولد (إذا هلك بعده) أي بعد التمكن من الإرسال (لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع) لا باعتبار أن الأم مضمونة (على هذا الوجه أكثر مشايخنا) المتقدمين .

(ولو أطلق الجواب) أي في ولد صيد الحرم بأن يقال يجب الضمان سواء هلك بعد التمكن من الإرسال أو قبل التمكن (فهو ضمان جناية) أي الضمان في صيد الحرم ضمان جناية ، أي إتلاف معنى الصيدية ، وقد حصل الإتلاف والإهـلاك معنى بتفويت الأمن فوجب الضمان (ولهذا) أي ولاجل كونه ضمان جناية والإتلاف (يتكرر) أي الجـزاء (بتكررها) أي بتكرر الجناية ، فانه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر . وفي فتاوى الولوالجي لو أخرج صيداً فكفر منه ثم رماه بعد ذلك وقتله فعليه كفارة أخرى . قيل ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم . قلت هذا له معنى ، ولكن الاقرب ما ذكر أولاً .

(ويجب) أي الضمان (بالإعانة) بأن أعان رجل لمن قتل صيد الحرم فانه يجب على

والإشارة، فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأخرى. قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به

المعين أيضاً جزاء كامل، كما يجب على القاتل إذا كانا محرمين، وأما إذا كانا إحلالين فعليهما جزاء واحد، وعلى كل حال يجب على المعين كما يجب على المباشر (والإشارة) بأن أشار غيره على صيد الحرم فقتله فانهما مشتركان في الجزاء، وكذا المحرم إذا أشار محرماً آخر على قتل صيد الحل فانه يجب على كل منهما جزاء (فلأن يجب بما هو فوقها) أي فوق الإعانة والإشارة (وهو إثبات اليد على مستحق الامن) وهو صيد الحرم لانه مستحق الامن بالنص (أولى) خبر لقوله فلأن يجب، وان مصدرية، والتقدير فالوجوب بما هو فوقها أولى (وأحرى) عطف على أولى، وهو أيضاً بمعناه ذكر للتأكيد.

فان قيل تفويت الامن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل الصيود، والولد ليس بصيد الحرم، بدليل أنه يحل بيعه وأكله، فلو كان صيد الحرم لما حل، ولان تفويت الامن يتصور بعد ثبوته في حق الولد لانه كما حدث خائفاً فلا يتصور تفويت الامن في حق الخائف. أجيب بأن الولد لم يكن صيد الحرم من كل وجه، بل من وجه بدليل أنه يجب إرساله وأكله وإن كان يحل ولكنه يكره. وإنه وإن حدث خائفاً ولكنه مستحقاً للأمن فصار كالآمن حكماً، فافهم.

(قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب) أي قال القدوري وقوله وما مبتدأ، أي والذي نقصت الجارية. وقوله في ضمان الغاصب خبره، العائد على الموصول محذوف، أي والذي نقصته الجارية، صورته غصب أمة رجل تساوي ألفاً مثلاً، فولدت في يده ولداً قيمتها خمسمائة مثلاً، أو نقصت بالولادة حتى صارت قيمتها خمسمائة فانه يضمن النقصان ولكنه ينجبر بالولد على ما يأتي مفصلا، وبه قال مالك إذا جيئت بعد الغصب، أما لو غصب حاملا ضمن بعد الولادة ولا ينجبر بالولد، وعندنا ينجبر.

(فان كان في قيمة الولد وفاء به) أي بالذي نقص الجارية وهذا تفسير لقوله وما

جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب، وقال زفر والشافعي «رح» لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصح جابراً لملكه، كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أوقطع قوائم شجرة غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم.

نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فلذلك ذكره بالفاء، أي فإن كان قيمة الولدتفي ذلك النقصان (جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) أي ضمان ما نقصت، لانا قد قلنا في الصورة المذكورة أن نقصان الجارية خمسمائة فجبر ذلك النقصان برد الولد مع الام ولا يلزم غيره ذلك عندنا.

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد) وبه قال أحمد رحمه الله (لان الولد ملكه) أي ملك الغاصب (فلا يصح جابراً لملكه) لان الضمان جبر ما فات منه ولم يوجد (كما في ولد الظبية) إذا أخرجها من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها، يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى الحرم.

(وكما إذا هلك الولد قبل الرد) أي قبل رد الام، فانه يجب ضمان النقصان (أو ماتت الام) أي بسبب الولادة، هكذا نص بالأسرار والإيضاح (وبالولد وفاء) أي والحال أن بقيمة الولد وفاء (وصار) أي حكم هذا (كما إذا جز صوف شاة غيره) أي شاة لغيره فنبت صوف غيره (أو قطع قوائم شجرة غيره) فنبت قوائم أخرى مكانها فان بقيتها لا ينجبر بالنقصان (أو خصى عبد غيره) بأن قلع خصيتيه فانه نقصان فيه، ولكن ازدادت قيمته بسبب الخصي فانه يضمنه نقصان الخصية كما لو ترد قيمته (أو علمه الحرفة) أي أو علم عبد غيره الحرفة (فأضناه) بسبب (التعليم) فلا ينجبر ما أضناه بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة.

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف ، وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت . أو قطع يد المغصوب في يده وأخذ إرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع ،

(ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو) أي السبب (الولادة) عندهما (أو العلوق) عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (على ما عرف) في طريق الخلاف تقرير هذا أن الولد خلف عن الخبر الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب ، وهو أن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد ، لانه وإن كان موجوداً قبل الأنفصال لكنه ما كان مالاً بل كان عيباً في الام وصفاً لها ، وإنما صار مالاً مقصوداً بعد الإنفصال و والسبب الواحد متى أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وادخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن مالية المبيع باتحاد السبب ، حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئاً .

(وعند ذلك) أي كون الشيء الواحد سبباً للزيادة والنقصان (لا يعد نقصاناً) أي يعد النقصان الحاصل نقصاناً لحصول الزيادة في مقابلته (فلا يوجب ضماناً) أي إذا كان كذلك فلا يوجب النقصان ضماناً ، ثم أوضح ذلك بقوله (وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أي ثنيتها غير الساقطة والثنية واحدة الثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ، سميت بذلك لان كل واحدة منهما مضمونة إلى صاحبها .

(أو قطع يد المغصوب في يده) أي أو قطع يد المغصوب في يد الغاصب (وأخذ إرشها) أي وأخذ الغاصب إرش اليد المقطوعة من الجاني (وأداه مع العبد) أي أدى الغاصب الإرش مع العبد إلى المالك (يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع) هذا

وكذا إذا ماتت الأم ، وتخريج الثانية أن الولادة ليست سبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً .

جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله ، كما في ظبيته . وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد كما قال، بل قيل انه يصلح أن يكون جابراً، وإليه ذهب المصنف فعلى هذا يمنع قياسهما عليه .

(وكذا إذا ماتت الأم)يعني أن القياس على موت الأم أيضاً ممنوع ، يعني لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيهما وفاء ، بل ينجبر كما قيل في غير ظاهر الرواية .

(وتخريج الثانية) أي الرواية الثانية فإذا ماتت الأم لا تنجبر بالولد وهو ظاهر الرواية . الحاصل هاهنا أن في مسألة موت الأم روايتان ، في أحدهما ينجبر النقصان فلا يتأتى علينا . وفي الثانية لا ينجبر ويتأتى علينا ظاهراً . ولكن أشار إلى الجواب عنه بقوله (أن الولادة ليست بسبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً) أي لأنه لا تفضي الولادة إلى الموت في غالب الاحوال ، أراد أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً وها هنا ليس كذلك ، فان الولادة سبب للزيادة وليس بسبب لموت الام ، إذ لا يفضي إليه غالباً .

فإن قلت إنها أفضت إليه في هذه الصورة فتكون سبباً . قلت هو بالنظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى أفرادها ، ألا ترى أن الصبي لا يؤهل للطلاق والعتاق وإن تحقق النفع في صورة ، لأنهما في الاصل سبب للمضار . وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ، ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام ، لان الولادة لا توجب الموت ، فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين . ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد ، فكذا رد قيمتها ، فصار فيه ثلاث روايات . وذكر في الطريق البرهانية إذا ماتت الأم وبالولد وفاء فقد روي عن أبي حنيفة « رح » ثلاث روايات ، في رواية يصير الولد خلفاً ، وفي رواية لا يكون خلفاً ، وفي رواية يكون خلفاً عما انتقصت بالولادة . قال فنحن نختار الرواية التي قال فيها انه يكون خلفاً عن الام .

وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز ، وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم .

(وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) هذا جواب عن قولهما وكما إذا هلك الولد قبل الرد . وجهه أن كلامنا فيما إذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد ، وإذا كان الولد هالكاً كيف ينجبر النقصان به ، وهي معنى قوله (لانه لا بد من رد أصله للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه) يعني أن الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي أخذها وما ردها بتلك الصفة ، وإنما يكون بتلك الصفة لو ردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فلا يبرأ .

(والخصاء) على وزن فعال لانه مصدر خصى يخصى يعني أنه ممدود (لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة) فلم يكن له اعتبار في الشرع لانه أمر حرام ورد النهي عنه (ولا اتحاد في السبب) جواب عن مسألة جز صوف الشاة وقطع قوائم الشجرة وتعليم العبد الحرفة ، أراد أن كلامنا فيما إذا اتحد السبب ولا اتحاد في السبب (فيما وراء ذلك من المسائل) أي فيما وراء ما ذكرنا من مسألة موت الام وموت الولد والخصاء . وأراد من المسائل مسألة جز صوف الشاة ، ومسألة قطع قوائم الشجرة ومسألة تعليم الحرفة لعبد غيره .

(لان سبب النقصان القطع والجز) أي القطع في قوائم الشجرة والجز في صوف الشاة ، وسبب الزيادة كون المحل منبتاً لا القطع ، فاذا كان السبب مختلفاً لم تجعل الزيادة خلفاً (وسبب الزيادة النمو) وهو كون المحل منبتاً كما ذكرنا ، فاختلف السببان وكلامنا في المتحد (وسبب النقصان التعليم) في العبد لانه يوجب المشقة فيحصل به الهزال (والزيادة سببها الفهم) وهو جودة الذهن والحذاقة ، ولهذا يشترك الاثنان في

التعليم ويسبق أحدهما الآخر في التعليم لسرعة فهمه ، فاذا كان كـــذلك فقد اختلف السبب وكلامنا في المتحد .

فان قيل المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه فهو على حـــاله . أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً ، وإذا لم يكن نقصاناً لم يحتج إلى جابر ، فإطـلاق الجابر عليه توســع في العبارة .

فان قيل لو كان الولد خلفاً وبدلاً عن النقصان لمـا بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعـــه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد . أجيب بأنه ملك المولى لا محـالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطل الخليفـــة وبقي في ملك المولى .

فإن قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون . فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصاناً لا تضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال أيضاً ، فلله در المصنف عالماً ما أدق تحريره وما أزكى قريحته وما أمعن نظره .

(قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتهـا يوم علقت) أي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في الرجل يغصب الجارية فزنى بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعدما يردها ، انتهى . وقال الصدر الشهيد في شرحه يريد بـــه إذا زنى بها مكرهة أو مطاوعة . قال محمد ذكره مطلقاً ولم يقيده بحالة الطواعية ، وإنما قيد بالحبل من الزنا لأنه إذا كان من الزوج أو المولى فلا ضمان ، ثم أن المصنف لم يتابعه في قوله ثم يردها فتحبل لأنه قدم الحبل حيث قال فحبلت ثم ردها لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد ، وهكذا هـــو في عامة النسخ . ووقع في بعض النسخ ثم ردها فتحبل بتقديم

ولا ضمان عليه في الحرة،هذا عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن في الأمة أيضاً ، لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب ، كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه ، وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن ، وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف

الرد متابعة لما قاله في الجامع الصغير . قوله علقت بكسر اللام تعلق علوقاً إذا حبلت (ولا ضمان عليه في الحرة) لأنه لا يضمن بالغصب (هذا) أي وجوب الضمان (عند أبي حنيفة «رح») .

(وقالا لا يضمن في الأمة أيضاً) إلا نقصان الحبل ، وبه قالت الثلاثة (لهما أن الرد قد صح) لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان (والهلاك بعده) جواب عما يقال لا نسلم صحة الرد حيث هلكت بسبب كان عنده فقال والهلاك بعده ، أي بعد الرد كان (بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب (فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت) أي إذا حصل للجارية حمى (في يد الغاصب ثم ردها فهلكت) حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان (أو زنت في يده) أي أو بما إذا زنت الجارية في يد الغاصب (ثم ردهافجلدت فهلكت منه) أي من الجلد حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان .

(وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري) والحال أن المشتري لم يعلم بالحبل (وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن) ولكن يرجع بنقصان الحبل . قيد بقوله في نفاسها لأنه إذا ماتت بالولادة تضمن بالإجماع .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف) أي أن الغاصب غصب الجارية والحال أنه ما كان انعقد فيها سبب التلف ، يعني

وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا ، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم ، ومـــا ذكرناه شرط صحة الرد ،

وقت الأخذ كانت فارغة ليس بها ما يفضي إلى التلف (وردت وفيها ذلك) أي وردت الجارية والحال أن فيها سبب التلف (فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد) لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذه .

(وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها) أي بالجناية أي بسببهـا (في يد المالك أو دفعت بها) أي بالجناية (بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا) أي حكم المسألة المتنازع فيها (بخلاف الحرة) إذا زنى بها رجـــل كرهاً فحبلت فماتت في نفاسها (لأنهـا) أي لأن الحرة (لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعـد فساد الرد) بكونها حبلى ، ولهذا لو هلكت عنده بـــدون الزنا لا يضمن بالإجماع .

(وفي فصل الشراء) هذا جواب عن قولهما اشترى جارية قـــد حبلت عند البائع بطريق الفرق ، وهو أن فصل الشراء (الواجب) على البائع (ابتداء التسليم) أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعـد التسليم (وما ذكرناه شرط صحة الرد) أي ما ذكرنا من وجوب وجـه الذي أخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد ، فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد شرطه وهو تمثيل فاسد. وقال تاج الشريعة وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء، وهذا لا يقابلهـــا شيء من الثمن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده .

والزنا سبب الجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب . قال ولا يضمن الغاصب منافـــع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان . وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ، ولا فرق في المذهبين بينهما إذا عطلها أو سكنهــــا . وقال مالك « رح » إن سكنها يجب أجر المثل

وأما الغصب فان الأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يـد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان ، وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها رداً فاسداً . وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بهـــا من الحمى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه عمارة كانت في يـــد الغاصب ، أو حدثت في يد المالك بالشك .

(والزنا سبب الجلد مؤلم) جواب عن قولهما أو زنت في يده إلى آخره ، وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب ، إنما كان واجباً لجلد مؤلم (لا جارح ولا متلف) ولـما جلدت في يد المالك بجلد متلف غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن ، وهو معنى قوله (فلم يوجد السبب) وهو الجلد المتلف (في يد الغاصب) .

(قال ولا يضمن الغاصب منافـع ما غصبه) أي و قال القدوري وقال في إشارات الأسرار المنافع لا يضمن سواء عرفها إلى نفسه أو عطلها على المالك . وقال في الطريقـــة البرهانية المنافع لا تضمن بالغصب والاستهلاك في قول علمائنا رحمهم الله . وصورة المسألة رجل غصب عبـــداً فأمسكه شهراً حتى صار غاصباً للمنافع ، أو استعمله حتى صار مستهلكاً لها عندنا لا تضمن هذه المنافع . وقال صدر الإسلام البزدوي في شرح الكـــافي ليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا (إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) أي إلا أن ينقص عـــين المغصوب باستعماله ، فحينئذ يضمن النقصان .

(وقال الشافعي يضمنها) أي المنافع (فيجب أجر المثل) هذا تفسير الضمان عنده ،

وإن عطلها لا شيء عليه . له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالمغصوب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها اعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته ، والإنسان لا يضمن ملكه .

يعني أن المنافع مضمونة بأجر المثل عنده ، وبه قال أحمد رحمه الله . واختلف أصحاب مالك وذكروا أنها لا تضمن كقولنا في صورة الغصب ، وكذا في صورة الإتلاف . وعن ابن القاسم يضمن غلة الرباع والإبل والغنم ، ولا يغرم غلة العبيد والدواب . وقال بعضهم إن سلمها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لا ، ولهذا لا يضمن على الإطلاق كقولنا (ولا فرق في المذهبين) أى مذهبنا ومذهب الشافعي (بين ما إذا عطلها أو سكنها) الغاصب ، وربما سمى الأول غصباً والثاني إتلافاً في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده .

(وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه) لأنه انتفع في الأول دون الثاني .

(له) أى للشافعي (أن المنافع أموال متقومة) أما كونها أموالاً فانها تصلح صداقاً، وأما كونها متقومة فلأن التقوم عبارة عن العزة ، والمنافع عزيزة عند الناس . ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها (حتى تضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالمغصوب) أى فكذا يضمن بالمغصوب لأن العقد لا يحمل غير المتقوم متقوماً ، كما لو ورد على الميتة .

(ولنا أنها) أي المنافع (حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها) لأن ما حدث في امكان الرجل فهو ملكه (دفعاً لحاجته) لأن الملك لم يثبت للعبد إلا رفعاً لحاجته إلى إقامة التكاليف ، فالمنافع حاصلة في ملك الرجل (والإنسان لا يضمن ملكه) أي ملك نفسه ، والتحقيق أن من استولى على شيء يملكه إلا إذا تضمن الاستيلاء لإزالة يد مالكه ، فحينئذ لا يملكه ، وها هنا لا يتضمن فيملكه المتولى عليه دفعاً لحاجته .

كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها . ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ،

(كيف) أي كيف يكون الضمان (وانه) أي الشأن (لا يتحقق غصبها وإتلافها) أي غصب المنافع وإتلافها (لأنه لا بقاء لها) أي للمنافع ، لأنها إعراض تتلاشى ومـا لا يبقى لا يتصور غصبه وإتلافه ، إذ إتلاف الشيء وغصبه إنما يرد في حال بقائه (ولأنها) أي ولأن المنافع أراد ، ولئن سلمنا تحقق غصب المنافع وإتلافها ، ولكن شرط الضمان المماثلة والمنافع (لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها) أي فناء المنافع (وبقاء الأعيان) فلم توجد المماثلة فلا يضمن .

فان قيل يرد عليه ما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنـه يضمن بالدراهم التي هي تبقى ، فدل على المماثلة والبقاء غير معتبرة . أجيب بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق ، لا بين جوهر وعرض ، ألا ترى أن بيع الثياب بالدراهم جائز ، وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر .

فإن قيل يرد أيضاً ما إذا استأجر الوصي اليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة . ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لان القربان إلى مال اليتيم لا يجـوز إلا بالوجه الأحسن . أجيب بأنه لما جاز مـع وجود التفاوت دل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات .

فإن قلت ما ذكر يفضي إلى اهدار حق المالك وهو مظلوم ، ورعاية جانب الغاصب وهو ظالم . قلت حق المالك يتراخى إلى دار الآخرة وحق الغاصب في الزيادة يفوت أصلاً ، والتأخير أهون من الإبطال .

فان قلت كلامنا في أحكام الدنيا . قلت بلى لكن المماثلة شرط على مـا بينا ، وحق المالك يفوت في الدنيا لا في الآخرة فيكون ثابتاً من وجه دون وجه ، وحق الغاصب في الزيادة يفوت في الدارين[1] فيكون فائتاً من كل وجه ، فكان تحمل أوفى الضرر أولى .

---

(١) المالين – هامش .

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ، ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ، بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

(وقد عرفت هذه المآخذ) وهو جمع مأخذ أي التي هي مناط الحكم ، أو أراد ما ذكره تماثل الأعيان إلى آخره (في المختلف) أراد به مختلف الفقيه أبي الليث رحمه الله هكذا . قال الأترازي وتبعه على ذلك صاحب العناية ، ولكن لم لا يجوز أن يكون أراد به مختلف الطريقة بيننا وبين الشافعي ، فان هذه المسألة من جملة المسائل المذكورة في علم الخلاف ، بل الظاهر أن مراده هذا وتخصيص مختلف أبي الليث تحكم فافهم .

(ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها) هذا جواب عن قوله المنافع أموال متقومة ، تقديره أنا لا نسلم أن المنافع أموال متقومة في ذاتها ، لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يبقى غير متصور (بل تتقوم ضرورة) أى الضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد عليها ولم يوجد العقد) في المتنازع فيه (إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه) هذا استثناء منقطع ، أى لكن ما ينقص بسبب استعماله مضمون عليه ، وقيد باستعماله بحسب الغالب ، لأن النقص غالباً يكون بالاستعمال ، ولكن الحكم ثابت فيما إذا انتقص بدون استعماله (لاستهلاكه بعض أجزاء العين) أى لاستهلاك الغاصب بعض أجزاء العين المغصوبة .

قال مشايخنا هذا إذا لم يكن معداً للاستغلال ،فان كان معداً له يضمن المنافع بالغصب والإتلاف. وفي الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معداً للإستغلال أولا نظراً للوقف . وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسألات والأوقاف وأموال اليتامى ، ويوجبون أجر منافعها على الغصبة . ثم في مسألة فتح رأس التنور المسجور إنما يضمن قيمة الحطب مع أن غصب المنافع وإتلافها غير متصور لما أنه أتلف ما هو المقصود من تسخين التنور ، فصار هذا بمنزلة استهلاك العين ، فلذلك ضمن الحطب .

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا أتلف المسلم خمراً لذمي أو خنزيره ضمن

فإن أتلفها المسلم لم يضمن . وقال الشافعي « رح » لا يضمنها للذمي أيضاً ، وعلى هذا الخلاف

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

ذكره عقيب غصب ما يتقوم هو المناسبة .

(قال إذا أتلف المسلم خمراً لذمي أو خنزيره ضمن) أى قال القدورى في مختصره ، وهذا على أربعة أوجه ، الأول : إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره فانه يضمن عندنا ، هكذا ذكره القدورى في مختصره . وفي شرح مختصر الكرخي وذكر صدر الإسلام البزدوى في شرح الكافي ولو أتلف مسلم على ذمي خنزيراً على قول أبي حنيفه لا يضمن شيئاً ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته، وهذا كما ترى ذكر الخلاف وهو قياس قول أبي حنيفة « رح » ، والذى مر في كتاب النكاح فيما إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلهما الخمر والخنزير إذا كانا عينين ، وإن كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، ففي الخمر تجب القيمة، وفي الخنزير مهر المثل على ما عرف هناك .

الثاني : إتلاف المسلم خمر المسلم ، أشار إليه بقوله (وإن أتلفهما) أى وإن أتلف المسلم الخمر والخنزير الكائنين (المسلم لم يضمن) بلا خلاف، ووقع في بعض النسخ إن أتلفها بتوحيد الضمير فلذلك قال تاج الشريعة قوله وإن أتلفها،أى أتلفهما ، نظير قوله تعالى﴿ وإذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا إليها ﴾ ١١ الجمعة ، وقال تعالى ﴿ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾ ٢٤ التوبة .

الثالث : إتلاف الذمى خمر المسلم فانه لا يضمن بلا خلاف ، وهذا لم يذكره المصنف.

(وقال الشافعي أنه) أى المسلم (لا يضمنها) أى الخمر والخنزير الكائنين (للذمي أيضاً) أى كما لا يضمن إذا كان لمسلم ، وبه قال احمد (وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا

إذا أتلفها ذمي على ذمي أو باعها الذمي من الذمي . له أنـــه سقط تقومها في حق المسلم ، فكذا في حق الذمى لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام ، فـــلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون

وبين الشافعي (إذا أتلفها ذمى على ذمي) وهذا هو الوجه الرابع ، وبقول الشافعي قال أحمد أيضاً ، وبقولنا قال مالك (أو باعها الذمي من الذمي) أو باع الخمر والخنزير الذمي من الذمي فانه يجوز عندنا خلافاً للشافعي وأحمد (له) أى للشافعي (أنه سقط تقومها) أى تقوم الخمر والخنزير (في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام) أى لأن أهل الذمة أتباع للمسلمين في الأحكام لقوله عليه السلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، فبين أن كل حكم يثبت في حق المسلم يثبت في حق الذمي (فلا يجب باتلافها مال) أى إذا كان كذلك فلا يجب باتلاف الخمر والخنزير الذين ليسا بمتقومين مال (متقوم وهو الضمان) أى ما يضمن به .

(ولنا أن التقوم باق في حقهم) دل على أن ذلك ما رواه أبو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه في فصل من تجب عليه الجزية ، وقال حدثنا ابراهيم بن عبد الرحمن « رح » قال سمعت ابن سويد بن عقلة يقول حضر عمر بن الخطاب رضي الله عنه واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير ، فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك ، فقال عمر رضي الله عنه فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم . وجه الاستدلال بذلك أن عمر رضي الله عنه أذن لهم في بيعها وثمن العقد عليها بيعاً وبدلها ثمناً ، والثمن لا يجب إلا في عقد صحيح ، فدل على التقوم . وهذا لأن قضايا عمر رضي الله عنه ما كانت تخفى على الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يثبت التكبر منهـــم على ذلك ، فحل محل الإجماع .

(إذ الخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم ومـــا يدينون) يعني لا نجادلهم على الترك .

والسيف موضوع فيتعذر الإلزام، وإذا بقي التقوم فقد وجـــد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه. بخلاف الميتة والدم، لأن أحداً من

فان قلت ما الأمر بتركهم وما يدينون. قلت قوله ﷺ أتركوهم وما يدينون. والخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا، والمزيل هو قوله تعالى ﴿ رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ ٩٠ المائدة، وجد في حقنا بدليل السياق والسباق، فبقي في حق من لم يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل.

فإن قلت روي في حديث أبي هريرة رضي الله عنـــه أن النبي ﷺ قال إن الله لعن الخمر وحرم ثمنها، ولعن الخنزير وحرم ثمنه. قلت نحن نقول بموجب ذلك وهما حرام علينا، ولكنهم أقروا على ذلك فكانا حلالاً لهم.

فان قلت الخمر نجس العين فلا يكون مالاً لقوله ﷺ حرمت الخمر لعينها، ولا يضمن بالإتلاف. قلت حرام لعينها علينا لا عليهم، لأن الخطاب في الآية خاص.

فإن قلت قال الله تعالى ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ ٤٩ المائدة، أي بين أهـل الذمة، وبما أنزل الله حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتها. قلت المراد منه ما أنزل الله مطلقاً لا ما أنزلت على المؤمنين خاصة كنكاح المشتركات.

فإن قيل ينتقض هذا بما إذا مات المجوسي عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع، ولم يوجد في ديانتهم لم لم نتركهم وما يدينون؟ أجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بـد له من بيان.

(والسيف موضوع) يعني إبطال ما يزعمونه من المالية إنما يكون بالسيف، والسيف موضوع أي متروك في حقهم لعقد الذمة (فيتعذر الإلزام) على ترك التدين، فهذا يقتضي بقاء التقوم (وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه) لا لأن الضمان موجب إتلاف المال المتقوم.

(بخلاف الميتة والدم) هذا جواب المقيس عليه للشافعي رحمه الله ولم يذكره في الكتاب (لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولها) أي تمول الميتة والدم، قيل المراد من الميتـة

أهل الأديان لا يدين تموّلها ، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه إعزازاً لها ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ، لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها

الذي مات حتف أنفه ، أما الذي خنقوه أو ضربوه حتى مات كما يفعله المجوس فعند أبي يوسف رحمه الله يضمنها المسلم بالغصب والإتلاف . وقال محمد رحمه الله لا يضمن كالميتة (إلا أنه يجب قيمة الخمر ، وإن كان من ذوات الأمثال) أي لا أن الشأن وجوب قيمة الخمر لا مثلها ، وإنما ذكر الضمير في قوله وإن كان بتأويل الشأن أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تمليكها)أي تمليك الخمر (لكونه إعزازاً له)أي لكون التمليك إعزازاً للخمر . وفي بعض النسخ إعزازاً لها بتأنيث الضمير على الأصل ، وأما التذكير فعلى التأويل الذي ذكرناه .

فان قلت ما الفرق بين ما إذا أتلف ذمي خمر ذمي ثم أسلم حيث لا يجب عليه شيء لا القيمة ولا القيمة ، ولا الخمر عند أبي يوسف رحمه الله ، وهي رواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، والرواية في المبسوط والإسلام المقارن لا يمنع وجوب القيمة فالطارىء أولى . قلت الفرق أنه حين أتلفه لم يكن إتلافه سبباً لوجوب القيمة ، لأنه لا يوجد بعد ذلك سبب الوجوب . وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » عليه قيمة الخمر لأنه لا يمكن إيجاب الخمر ، لأنه مسلم ولا يمكن إبراؤه عن الضمان ، لأن المتلف عليه ذمي والخمر في حقه مال متقوم ، وقد أمكن إيجاب القيمة فيجب . أما في الخنزير يبقى الضمان بإسلامه أو إسلام أحدهما بالاتفاق ، لأن الواجب هو القيمة والإسلام لا ينافيها .

(بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين) هذا متصل بقوله لأن المسلم ممنوع عن تمليكه ، يعني أن المسلم لما كان ممنوعاً عن تمليك الخمر وجب عليه قيمة الخمر إذا أتلفها ، بخلاف ما إذا باعها ذمي من ذمي (لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها) ولذلك إذا أتلف ذمي خمر ذمي يجب عليه مثلها . وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي

بخلاف الربا ، لأنه مستثنى عن عقودهم . وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين . وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه ،

فيمن أتلف صليباً لأنا أقررناهم على هذا الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها ، وقد قال أصحابنا إن الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر وأكل الخنزير ، لأنا استثنيناه بالأمان . ولو عتوا وضربوا بالعبد إن منعناهم من ذلك كله كما يمنع المسلمين ، لأنه لم يستثن ، كذا ذكره القدوري في شرحه .

(وهذا بخلاف الربا) أي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا ، فإنه يتعرض لهم في إبطال عقد الربا ، حتى لو باعا درهماً بدرهمين يسترد الدرهم لزائد . وقال الأترازي أي هذا الذي ذكرناه من كون الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر ، بخلاف الربا، فإنه ممنوع عنه . وقيل الأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره (لأنه مستثنى عن عقودهم) أي لأن الربا مستثنى عن عقود أهل الذمة ، لأنه لم يرد عليه عقد الأمان . ألا ترى إلى قوله تعالى في سورة النساء ﴿ وأخذهم الربا ﴾ .

(وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي) عطف على قوله وهذا بخلاف الربا ، يعني الذمي إذا اشترى عبداً مسلماً ثم ارتد العبد فإنه يحبس حتى يتوب أو يقتل ولا تجب قيمته للذمي . الحاصل أنا لا نقره على تموله وتملكه ، بل نأخذه من يده فتقبله وإن كان أمة نحبسها أبداً ونستتيبها درها قبل وهو أيضاً مقيس عليه الشافعي «رح» .

ووجه الجواب فأشار إليه بقوله (لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له) أي للعبد المرتد (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه .

فإن قلت يشكل على هذا التعليل ما لو أتلف صليب نصراني حيث يضمن قيمته صليباً ، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين . قلت ذاك كفو اصلى والنصراني مقر على ذلك ، بخلاف الارتداد .

(وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم

لأن ولاية الحاجة ثابتة . قال فإن غصب من مسلم خمراً فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ،

وما يدينون يعني كما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى ، وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على ما أتلف متروك التسمية عامداً ، لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ومن تابعه ووجه الجواب ما قاله بقوله (لأن ولاية الحاجة ثابتة) أي ولاية الإلزام المحاجة ثابتة وقد ثبت بالنص حرمته ، فلا يعتبر في إيجاب الضمان .

ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله ﷺ أتركوهم وما يدينون ، وكان ذلك بعقد الذمة وهو متفق عليه في حق المجتهدين .

(قال فإن غصب من مسلم خمراً فخللها) أي قال في الجامع الصغير . ووقع في عامة النسخ وإن غصب بالواو وهذا أوجه ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل مسلم يغصب المسلم الخمر أو جلد الميتة فيتخلل ويدبغ جلد الميتة ، قال لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ، وأما جلد الميتة فله أن يأخذه ويرد على الغاصب ما زاد على الدباغ في الجلد ، فإن كان الغاصب استهلكهما جميعاً ضمن الخل ولم يضمن الجلد المدبوغ . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يضمن قيمة الجلد مدبوغاً أو يعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه بحساب ذلك ، انتهى .

(أو جلد ميته فدبغه) أي أو غصب جلد ميتة فدبغه (فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها ، فأما إذا لقي صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا أنه لا سبيل له على

والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس . وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمـــة كالقرظ والعفص ونحو ذلك. والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس

الجلد ، لأن إلقاءها إباحة لأخذها فلا يثبت له الرجوع كإلقاء النوى . وعن أبي يوسف أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً .

(والمراد بالفصل الأول) يعني المراد بجوارها الفصل الأول . وفي الجامع الصغير وهو قوله فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير ثمن (إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه) أي ومن الظل (إلى الشمس) وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله لا يصير الخمــر ظاهراً بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب إراقتها كما قبل التخلل. أما لو تخللت بنفسها يجب ردها بالإجماع ويضمن متلفها بالإجماع . وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي « رح » في الأصح وأحمد «رح» وفي قول لا يلزمه رده ، وبه قال أحمد في وجه .

(والمرادبالفصل الثاني) وهو قوله ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيــه (إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص) بفتح القاف والراء بعدها ظاء معجمة وهو ورق السلم يدبغ ، ومنه أديم مقروظ ، وبالفارسية بزغيــح . وفي دستور اللغة القرظ إسم لشجر كالجوز عظيماً إذا قدم أسود ويدبغ بثمره وورقه . وقال أبوحنيفة «رح»في كتاب السيئات القرظ واحدة القرظة وبها سمي الرجل قرظة وفيه نظر ، والقرظ شجر عظام لهـا شوك غلاظ أمثال شجر الجوز وخشبه صلب يفل الحديد ، وإذا هو قــدم كان أسود كالابنوس وهو قبل ذلك أبيض وورقه أصفر من ورق التفاح وله حيلة مثل قرون اللوبياء،وله حب يوضع في الموازير ويدبغ بورقة وثمره كما يدبغ بالعفص ، ومنابته القيعان وما كان من القرظ بأرض مصر فهو الذي يسمى الضبط ومنه أجــود حطبهم وهو زكي الوقود قليل الرماد وهو باسوان من أرض مصر عياض (ونحو ذلك) كالشث والعفص .

(والفرق) بين المسألتين (أن هذا التخليل تطهير له) أي للخمر (بمنزلة غسل الثوب النجس) يعني انه أزال عنه صفة النجاسة والخمرية من غير أن يقام به شيء من ملكه ،

فيبقى على ملكه ، إذ لا يثبت المالية بـــه ، وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب ، فكان بمنزلته

فكان كما إذا غصب ثوباً نجساً فغسله يكون لمالكه ، كذا هذا . وذلك لان الغسل لم يزد في ذات الثوب شيئاً ، وإنما زال به النجاسة فلا يخرج بذلك عن ملك مالكه .

فإن قلت الثوب ليس نجس العين ، والخمر نجس العين لكونها حرامـــاً بعينها ، قال ﷺ حرمت الخمر لعينها . قلت جواهر الخمر هي جواهر التي كانت عصيراً ، فلمـــا اعترضت عليها صفة الخمرية صيرتها نجسة ، فإذا زالت تلك الصبغة زالت النجاسة كالثوب ، ولا يلزم بتبدله تبدل العين ، فاعتراض الصفة عليها كما يعترض الصفات على الإنسان من غير تبدل الذات ، وتأويل قوله ﷺ حرمت الخمر لعينها ، أي عينها حرام قليلهـــا وكثيرها حرام ، ولهذا قال بعد ذلك والسكر من كل شراب .

(فيبقى على ملكه) أي إذا كان كذلك فيبقى الخل على ملك صاحبه (إذ لا يثبت المالية به) أي بالتخليل ، قال فخر الإسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير ، قال مشايخنا أما التخليل فعلى ثلاثة أوجه ، إما أن يخللها بالنقل من الظل إلى الشمس ومن الشمس إلى الظل ، أو بإلقاء الملح فيها ، أو بصب الخل فيها ، ففي الوجه الاول الخـــل لصاحبها ولا شيء عليه ، لان الخمر نجس العين كالبول ، إلا أن نجاستها قابلة للزوال بخلاف البول ، فصار التخليل بمنزلة الغسل فلا يضاف الى التقوم والمالية ، بل كان ذلك بمنزلة اظهار التقوم والمالية ، فلأجل ذلك صار صاحب الخمر أحق بالخل ، والقسمان الآخران يأتيان في موضعهما ان شاء الله تعالى .

(وبهذا الدباغ) المذكور وهو الدباغ بما له قيمة كالقرض (اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته) الثوب الذى غصبه الغاصب حيث يأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه كما في الثوب حيث يأخذه مالكه ويعطي ما زاد الصبغ فيه ، فان أراد المالك أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك لأنـــه غصبه ولا قيمة له ، بخلاف مسألة الثوب فإن هناك لصاحب الثوب أن يضمنه ويترك الثوب عليه ، لأن الثوب قبل الصبغ كان مالاً متقوماً ، ولا كذلك الجلد ، حتى لو غصبه جلداً

فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه، وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع. قال وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة «رح». وقالا يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه. ولو هلك

ذكياً غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه. قال فخر الدين قاضي خان من المشايخ من قال هذا قول أبي حنيفة، لأنه لما تركه فقد عجز عن رده، فصار كعجزه بالإستهلاك. فأما على قولهما له أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه القيمة أيضاً.

(فلهذا) أي فلأجل أن التخليل لا يثبت المالية وبالدباغ يتصل به مال متقوم (يأخذ الخل) أي صاحبه (بغير شيء ويأخذ الجلد) أي صاحبه (ويعطي) على بناء الفاعل، أي يعطي صاحب الجلد (ما زاد الدباغ فيه) أي في الجلد (وبيانه) أي بيان إعطاء ما زاد الدباغ فيه (أن) أي الشأن (ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ) أي حال كونه ذكياً غير مدبوغ لأنه لا يكون قيمة الجلد الميتة فيقوم ذكياً كذلك (وإلى قيمته مدبوغاً) أي وينظر إلى قيمته حال كونه مدبوغاً (فيضمن فضل ما بينهما) أي فضل ما بين القيمتين مثلاً إذا كانت قيمته ذكياً غير مدبوغ عشرة دراهم ومدبوغاً اثني عشر درهماً يضمن درهمين، وعلى هذا وقيل يضمنه قيمته جلداً ذكياً غير مدبوغ قال فخر الإسلام وذلك مذكور في بعض نسخ المبسوط أنه ملحق بالذكي.

(وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع) يعني كما أن البائع له حق حبس المبيع لأجل استيفاء الثمن.

(قال وإن استهلكهما) أي قال في الجامع الصغير وإن استهلك الغاصب الخل والجلد (ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة. وقالا يضمن الجلد مدبوغاً ويعطى) على صيغة المجهول، أي يعطى الذي دبغه ثم استهلكه (وما زاد الدباغ فيه، ولو هلك

في يده لا يضمنه بالإجماع . أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ويجب مثله ، لأن الخل من ذوات الأمثال . وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ،

في يده لا يضمنه بالإجماع) أي في يد الغاصب لأنه لم يهلك بفعله ولم يكن منه جناية، كذا قال الفقيه أبو الليث ، وإنما لم يذكر له دليلا لأنه مجمع عليه ودليله الإجماع . وعند الثلاثة لو تخللت الخمر بنفسه وهلكت في يد الغاصب يضمن ، أما إذا تخلل بفعل الغاصب لا يضمن ، وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن ، وعلى قول يلزمه رده يضمن.

(أما الخل) دليل صورة الإستهلاك والمراد منه الوجه الاول من وجوه التخلل وهو ما اذ خللها من غير خلط (فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ، ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال) لم يذكر محمد «رح» في الجامع الصغير ما إذا يضمن . قالوا في شروحه فالظاهر أنه يضمن المثل لانه مثلي إلا أن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع ، فيجب قيمته . ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل .

(وأما الجلد فلهما) أي فلأبي يوسف ومحمد «رح» (أنه) أي الجلد (باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم) أما بقاؤه على ملكه فلأن الغاصب لم يحدث فيه إلا مجرد الصبغة وبذلك لا يزول ملك المغصوب ، كما لو كان ثوباً فقصره . وأما كونه متقوماً فظاهر (فيضمنه مدبوغاً بالإستهلاك) أي إن كان كذلك فيضمن حال كونه مدبوغاً بالإستهلاك (ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه) أي يعطي المالك الغاصب ما زاد الدباغ فيه . قال فخر الإسلام وغيره في شرحه الجامع الصغير هذا إنما يستقيم إذا كان الجنس مختلفاً ، فأما إذا كان الجنس واحداً فلا فائدة أي يضمن الغاصب وخمسة عشر درهماً ويعطيه خمساً ، وإنما معنى ذلك بيان قيمة مال المغصوب منه ، لانه

كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلك يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه يخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه . وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس ، أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه

لم يكن ذكياً متقوماً قبل الدباغ ليعتبر ذلك ، فاذا عرفت قيمته مدبوغاً نظر إلى قيمته لو كان ذكياً غير مدبوغ ، فيطرح ذلك من الغاصب ويعطى الباقي ، ويجيء هذا عن قريب في الكتاب .

(كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلك يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) أراد في مسألة غصب الجلد واستهلاكه بعد الدباغة كمسألة غصب الثوب واستهلاكه بعد الصبغ ، حيث يضمن في كل منهما ويعطى ما زاد الدباغ والصبغ .

(ولأنه) دليل آخر لهما ، أي ولأن الجلد (واجب الرد) لو كان قائماً (فإذا فوته عليه) أي فإذا فوت الرد على المالك (يخلفه قيمته) أي خلف الجلد قيمته ، يعني قامت مقامه ، وهو من قولهم خلف فلان فلاناً يخلفه بالضم إذا كان خليفته (كما في المستعار) يعني أن المستعار واجب الرد ، فإذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة ، فإذا فات فلا ، فكذا هنا الجلد واجب الزد . فاذا فوته وجب عليه قيمته . وإذا هلك فلا (وبهذا فارق الهلاك بنفسه) أي ربما ذكرنا فارق الهلاك بنفسه ، أي ربما ذكرنا فارق الاستهلاك الهلاك بنفسه حيث لا يضمن في الهلاك ، لأنه لم يفوت شيئاً . وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالإستهلاك دون الهلاك .

(وقولهما يعطى) أى قول أبي يوسف ومحمد « رح » يعطى (ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس) بأن قوم القاضي الجلد بالدراهم والضيعة بالدنانير صار الجنس متخلفاً فيضمن المالك الغاصب القيمة ، ويأخذ ما زاد الدباغ . أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير وهو معنى قوله (أما عند اتحاده) أى اتحاد الجنس (يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه) قال فخر

الباقي لعدم الفائدة في الآخذ منه ، ثم الرد عليه . وله أن التقوم حصل بصنيع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه ، فكان حقاً له ، والجلد تبع له في حق التقوم . ثم الأصل هو الصنعة غير مضمون عليه ، فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه . بخلاف وجود الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً ،

الاسلام فلا فائدة ، أى يضمن الغاصب خمسة عشر درهماً ويعطيه خمسة كما ذكرناه عن قريب .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن التقوم حصل بصنيع الغاصب) أراد انا لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل بصنيعة الغاصب (وصنعته متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان) أى التقوم (حقاً له) أى للغاصب (والجلد تبع له) أى بصنعة الغاصب ، وفي بعض النسخ والجلد تبعاً لها ، أى وكان الجلد تبعاً لها (في حق التقوم) لانه ما كان متقوماً قبل الصنعة فيكون صنعة الغاصب أصلاً ، لان الاصل ما يبتني عليه .

(ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه) فان عدم الضمان هناك باعتبارات الاصل وهو الصنعة غير مضمون ، فكذلك الجلد وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك .

(بخلاف وجوب الرد) جواب عن قولهما ، ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد (حال قيامه لأنه) أي الرد (يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً) والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم ، والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها ، والرد يعتمد الملك ، والجلد فيه الاصل لأنه تابع فوجب رده يتبعه الصنعة .

بخلاف الذكى والثوب ، لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبــغ والصبغ ، فلم يكن تابعاً للصنعة . ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمتــه . قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له . بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة « رح » . وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده ، فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه .

(بخلاف الذكي والثوب) جواب عــن قولهما كما إذا غصب ثوبــاً ، وأقحم الذكي استظهاراً (لأن التقوم فيهما) أي في الذكي والثوب (كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابعاً للصنعــة) والتقوم يوجب الضمان (ولو كان قائماً) أي الجلد المدبوغ (فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجــه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقــوم (ويضمنه قيمتــه ، قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لا قيمة له ، بخلاف صبغ الثوب ، لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك) أي الترك على الغاصب وتضمين قيمته (لأنه) دليــل أن في المسألة خلاف إلا دليــل المتحلفين . وقال الاترازي دليل لقول أبي حنيفة رحمه الله وقولهما جميعاً ، أي لأن المالك (إذا تركه عليه) أي إذا ترك الجلد على الغاصب (وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك)يعني لما أبى المالك أن يأخذه مدبوغاً وقد عجز عــن رده فالتحقت هذا الدباغ بالادمة استهلاك ، والحكم فيه ما ذكرناه (وهو) أي الاستهلاك (على هــذا الخلاف) الذي تقدم ذكره أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن (على ما بيناه) أشــار به الى ما ذكر من الدليل لأبي حنيفة « رح » ولصاحبيه في استهلاك الجلد قبيــل هــذا . قيل فيه نظر ، لأن المعجز في الاستهلاك من جهــة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من

ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ . ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً ، وقيل طاهراً غير مدبوغ ، لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه .

جهه المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك .

(ثم قيل) هذا اشارة الى بيان الاختلاف في كيفية الضمان على قولهما ، فقيل (يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك) أي في صورة الاستهلاك (وقيل يضمنه قيمة جلد) أي يضمنه قيمة جلد (ذكي غير مدبوغ) أي طاهر غير مدبوغ لأن صنعة الدباغ حصلت بفعله فلا يوجب الضمان عليه ، ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل تميز الجلد من الدسومات النجسة .

(ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب) لأنه ليس فيه مال متقوم للغاصب ، فكانت الدباغة إظهاراً للمالية والتقوم ، فصار كغسل الثوب الدنس .

(ولو استهلكه الغاصب) أي ولو استهلك الغاصب الجلد الذي دبغه بشيء لا قيمة له (يضمن قيمته مدبوغاً) أي بالاجماع ، نص عليه في الذخيرة لأنه صار مالاً على ملك صاحبه ، ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعاً حقاً للمالك فيضمن بالاستهلاك (وقيل طاهراً غير مدبوغ) أي قيل يضمن قيمته حال كونه طاهراً غير مدبوغ (لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه) لكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة ، قالوا عند أبي حنيفة صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك فيوجب الملك لكن بغير شيء لكون المستهلك غير متقوم .

وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه ، وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته . ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة « رح » صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه ، وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ، ومعناه هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد

(وجه الاول) وهو قول من يقول يضمنه قيمته مدبوغاً (وعليه الاكثرون) أي على الوجه الاول (أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه) أي عن الجلد (وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته) تكون مضمونة تابعة للأصل . وقال القدوري ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً أو زقاً أو دفتراً أو جواباً أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل ، لأنه تبدل الإسم والمعنى بصنع الغاصب ، فكان هو أولى . فإن كان الجلد ذكياً فعليه قيمته يوم الغصب ، وإن كان ميتة فلا شيء له كذا في الإيضاح والذخيرة .

(ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه) لأنه استهلاك إلا أن الخمر لم تكن متقومة والملح كان متقوماً فيرجح جانب الغصب فيكون له بغير شيء ، وقوله قالوا ، أي أكثر المشايخ ، وهذا يشير إلى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل أن هذا والاول سواء لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر ، وهذا هو الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد) وصبغ الثوب (ومعناه هنا) أي معنى قوله وأعطى ما زاد الملح في مسألة تخليل الخمر بإلقاء الملح (أن يعطي) أي صاحب الخل (مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه) أي على الغاصب (وتضمينه فهو على ما قيل . وقيل في دبغ الجلد) أشار بتكرير قيل إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد ، يعني قيل ليس

ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دبغ الجلد . ولو خللها بإلقاء الخل فيها فعن محمد « رح » أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير ،

له ذلك بالاتفاق ، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله .

الحاصل أنه يعتبر هذه المسألة بمسألة الدبغ إذا أراد المالك تركه على الغاصب وتضمينه وفيه قولان ، في أحدهما قال يضمنه قيمة جلد مدبوغ . وفي الثاني قال يضمنه قيمة جلد مذكى غير مدبوغ ، وهاهنا كذلك إذا تركه عليه في قول يضمنه قيمة الخل ويعطيه ما زاد الملح فيه ، وفي آخر يضمنه قيمة مثله عصيراً ، وهذه التفريعات كلها على قولهما في الصورتين لا قول أبي حنيفة رحمه الله ، ويحتمل أن يكون القولان ما قيل قبل هذين القولين .

(ولو استهلكها لا يضمنها) وفي النسخ الكثيرة ولو استهلكه لا يضمنه ، أي ولو استهلك الخل الذي جعل خلا بالقاء الملح فيه (عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما كما في دبغ الجلد) وقد مر بيانه . ومن المشايخ من جعل الجواب في الملح على التفصيل ، فان كان يسيراً لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالشمس ، وان ألقى فيها ملحاً كثيراً يأخذها المالك عندهم جميعاً ويعطى الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ، كذا ذكر قاضي خان في شرحه .

(ولو خللها بإلقاء الخل فيها) أى ولو خلل الخمر التي غصبها بإلقاء خل فيها ، وهذا هو القسم الثالث من الاوجه الثلاثة التي ذكرناها (فعن محمد « رح » أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك له) فيصير ملكا للمستهلك (وهو غير متقوم) أى والحال أنه غير متقوم (وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الخل الملقي فيه خلا قليلا فهو بينهما) أى بين الغاصب والمالك (على قدر كيلهما لأنه

وهو على أصله ليس باستهلاك . وعند أبي حنيفة « رح » هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليـــه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الإستهلاك ، لانه أتلف ملك نفسه . وعند محمد لا يضمن

خلط الخل بالخل في التقدير) يعني إنه وإن كان خلط الخل بالخمر وهما جنسان مختلفان ، وخلط الجنسين المختلفين استهلاك لكنه في التقدير كأنه خلط الخل بالخل نظراً إلى المال ، وهذا لأن في الخمر صلاحية أن يصير خلاً وهى في حق المسلمين لا يصلح إلا لهذا ، فإن تخللت بنفسها وطبعها لا ينقطع حق المالك عنها ، لأنه لم يعارضها شـــيء ، وإن تخللت بإلقاء شيء فيها وإن تخللت من ســاعته يصير ملكاً للخالط لأنه صــار تبعـــاً لملكه ، فأضيف تخللها إلى ذلك . وإن تخللت بعد زمان يضاف تخللها إلى طبعها عملاً بالدليلين فصار كأنه خلط الخل بالخل في التقدير .

(وهو على أصله ليس باستهلاك) أي خلط الخل بالخل على أصل محمد « رح » ليس باستهلاك إذ خلط الجنس ليس باستهلاك وهو قول أبي يوسف أيضـــاً ، فيكون الخل مشتركاً بينهما لأنه صـــار خالطاً خل نفسه بخل غيره ، فإذا أتلفه فقد أتلف خل نفسه وخل غيره ، كذا في جامع أبي اليسر .

(وعند أبي حنيفة « رح » هو للغاصب في الوجهين) يعني فيما إذا صارت خلاً من ساعتها ، وفيما إذا صارت بعد زمان (ولا شيء عليه ، لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك ، لأنه أتلف ملك نفسه) أراد به الاستهلاك الحكمي بالخلط ، وهذا تقريب لقوله لأن نقص الخلط استهلاك عنـــده ، يعني أن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في هذا الاستهلاك ، ولما لم تكن هذه المقدمة مسلمة ، استدل بقوله لأنه أتلف ملك نفسه لأنه خلط الخل بالخمر وقد ذكرنا أن الاستهلاك هنا عبارة عن فعـل لا يصل الإنسان بسببه إلى عين حقه وإتلاف ملك نفسه لا يوجب الضمان ، وإنه وإن أتلف الخمر أيضاً لكنها غير متقومة ، وإتلاف غير المتقوم لا يوجب الضمان أيضاً .

(وعند محمد «رح» لا يضمن بالإستهلاك في الوجه الاول) أراد به فيما إذا صارت خلا

بالاستهلاك في الوجـــه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه أتلف ملك غيره ، وبعض المشايخ « رح » أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ، لان الملقي يصير مستهلكاً في الخمر ، فلم يبق متقوماً وقد كثرت فيه أقوال المشايخ ،

من ساعته . وقال تاج الشريعة أراد به الإستهلاك الحقيقي بعد أن صار خـــلا ، لأنه بالخلط صار مستهلكاً ولا ضمان عليه بهذا الإستهلاك ، لأنه لاقى محلاً غير متقوم ، والإستهلاك الحقيقي بعده ورد على ملكه (لما بينا) أشـار به إلى قوله لأنه استهلاك له وهو غير متقوم (ويضمن في الوجه الثاني) وهو ما إذا صارت خلاً بعد زمـان (لأنه أتلف ملك غيره) فيضمن .

(وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه) أي جواب الجامع الصغير (ان للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء) أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء ، والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل . وقالوا في شروح الجامع الصغير أن قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شـــيء محمول على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء . ومنهم من جعل الخل اليسير إذا صبه فيها كالشمس ، فأما إذا خللها بخـــل كثير له قيمة وينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رحمه الله ، كما لو خلط خله بخـــل المغصوب منه ولا يضمن شيئاً ، لأنه استهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن بالاتلاف ، وعندهما يشتركان .

وقال كثير من المتأخرين هذا إذا حمضت بعد حين ، أما إذا حمضت من ساعتها فهي للغاصب لأنه غلب عليه خله واستهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن . وذكر في المنتقى رجل صب في خمر انسان خلاً فصـــار كلها خلا وهما نصفان قال صاحب الخمر يأخذ نصفها خلا ، كذا قال فخر الدين قاضي خان .

(لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً) فلا يضمـــن ، لأنه استهلاك غير متقوم (وقد كثرت فيه) أي في حكم هذه المسألة (أقوال المشايخ وقـد

وقد أثبتناها في كفاية المنتهى . قال ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً ، أو أراق له سكراً أو منصفاً

أثبتناها في كفاية المنتهى) منها ما قال بعضهم يصير المخلوط مشتركاً بينهما بالإجماع ، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله اما ينقطع حق المالك بالإستهلاك إذا ضمنـــه بالمخلوط كالمكيل والموزون إذا غصبه وخلطه بمثله من ملك نفسه ، فأما إذا لم يكن مضموناً عليه لا ينقطع ، ووجود الإستهلاك كعدمه فبقي مشتركاً كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره ، كذا ذكره المحبوبي .

(قال ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبـــلا أو مزماراً أو دفـاً) أي قال في الجامع الصغير ، وصورتها فيه في باب الضمان محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يكسر للرجل المسلم بربطاً أو طبلا أو مزماراً أو دفاً قال هو ضامن وقال بيع ذلك كله جائز . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجـــوز بيعه انتهى . والبربط بفتح الباء الموحدة ، قال الليث وهو معـــرب لأنه ليس من كلام العرب وهو أعجمي فأعربته العرب حين سمعت به . وقال غيره أصله بربط بكسر الراء وسكون الطاء شبه بصدر البطاه وبر بالفارسية الصدر . قلت البربط هو الذي يسمى شتة وهي مثل العود أيضاً . والطبل وهو الذي يضرب وهو مشهور ويجمع على طبول . والمزمار بكسر الميم وهو القصبة التي ينفخ فيها ، وقد يتخذ من عود ، ويقال لها زمارة أيضاً ومنه يقال زمر الرجل يزمر ويزمر زمراً فهو زمار ولا يكاد يقال زامر ، ويقال للمرأة زامرة ، ولا يقال زمارة ، وفعلها الزمارة بالكسر كالكتابة والدف بفتح الدال وضمها الذي يضرب به ، قاله أبو عبيدة .

(أو أراق له سكراً أو منصفاً) وهو أيضاً من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل المسلم يهريق المنصف للمسلم ، أو يهريق السكر قال هو ضامن ، وقال بيعـــه جائز . وقال يعقوب ومحمد « رح » ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجـــوز بيعه ، انتهى . وأصـــل اهراق أراق بمعنى صب وسكت والهاء فيه زائدة وهو بسكون الهاء ، وجاء هراق أيضاً ، أصله أراق أبدلت

فهو ضامن ، وبيع هذه الاشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

من الهمزة هاء، والمزوع فيها يهريق بضم الياء، وجاء هريق يهرق على وزن أفعل والمفعول منه مهرق ، ومن الاولين مهراق ومهراق أيضاً بالتحريك وهو شاذ ، والسكر بفتح السين والكاف هو الذي من ماء الرطب . والمنصف بضم الميم وفتح النون وتشديد الصاد هو الذى ذهب نصفه بالطبخ ، والباذق هو المطبوخ أدنى في طبخه (فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه) .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله لا يضمن ، ولا يجوز بيعها) وبه قال مالك وأحمد رحمها الله . وقال الشافعي رحمه الله إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح ، وإذا كسر لم يصلح له لزمه ما بين قيمته متصلا ومكسوراً ، لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه ، ولو أتلف شيئاً من الملاهي التي اقتنيت في البيت لا للهو ضمن قيمتها عنده ، وفيه إشارة إلى أنه إذا اقتنى الملاهي لأجل التلهي لا ضمان بالاتفاق .

(وقيل الإختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمن بالإتلاف من غير خلاف) وفي الذخيرة قال أبو الليث ضرب الدف في العرس مختلف بين العلماء ، قيل يكره ، وقيل لا يكره . أما الدف الذي يضرب في زماننا من الصبيحات والجلاجلات ينبغي أن يكون مكروهاً ، وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمان المتقدم . وفي الغاية قال الفقيه أبو الليث وهذا الذي حكي أن أبا يوسف ومحمد « رح » قالا لا ضمان عليه في الدف والطبل إذا كان للهو . وأما إذا كان طبل الغزاة أو الصبيات [1] أو الصيادين ينبغي أن يضمن ، وكذلك

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وقيـــل الفتوى في الضمان على قولهما . والسكر اسم للنيىء من ماء الرطب إذا اشتد . والمنصف ما ذهب نصفه بالطبـــخ . وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة « رح » روايتان في التضمين والبيع . لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ، ولانه فعل ما فعل أمراً بالمعروف ، وهو بأمر الشرع فلا يضمنه ، كما إذا فعل بإذن الإمام

الدف إذا لم يكن للهو فينبغي أن يضمن إذا كان مثل ذلك يجـوز ضربه في العرس . وقال الإمام العتابي في شـرح الجامع الصغير . ولو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالإتفاق .

(وقيـــل الفتوى في الضمان على قولهما) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » أي يعني بعدم الضمان لكثرة الفساد في الناس ، ذكره في جامع أبي اليسر .

(والسـكر اسم للنيىء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ ، وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق) وقد مر الكلام في هذه الأشياء عن قريب . قيل الباذق كلمة فارسية عربت ، وهو تعريب باذه ، وممـا أعرب من هذا التركيب البياذقة للرجالة ، وهو تعريب بياذه ، ومنه بيذق الشطرنج (عن أبي حنيفة « رح » روايتان في التضمين والبيـع) أراد في التضمين من بهريق الباذق روايتان عن أبي حنيفة وهو كذلك في جواز بيعه روايتان عنه .

(لهما)أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن هـــذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطل تقومها كالخمر) فصار متلفها مستهلكاً بشيء غير متقوم ، فلا يضمن ولا يجـوز بيعها لعدم التقوم (ولأنه) دليل ثان لهما ، أي لأن متلف هذه الأشياء (فعل ما فعل أمراً) أي حال كونه أمراً (بالمعروف ، وهو) أي الكسر والإراقة (بأمر الشـــرع) وهو قوله عليه السلام إذا رأى أحدكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، فكان كسرها وإراقتها أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر باليد (فلا يضمنه ، كما

إذا فعل بإذن الإمام) أي كما إذا كسر أو أراق . باذن الإمام فانه لا يضمن بالإتفاق .

وقال الولوالجي في آخـــر كتاب السير في الفتاوى رجل له خمر فشـق رجل زقه وأهراق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر ، ويضمن الزق ، لأن الخمر ليس بمتقوم والزق متقوم ، إلا أن يفعل ذلك أيام يرى ذلك ، فحينئذ لا شـــيء عليه لأنه مختلف فيه ، ونظير هذا الذمي إذا أظهر بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع ، فان أراقه رجـل أو قتل خنزيراً يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن ، لأنه مختلف فيه .

وفي الفتاوى الصغرى في آخر كتاب الجنايات كسر دن الخمر إن كان باذن الإمام لا يضمن وإلا ضمن فقال حكاه عن السير الكبير في أدب القاضي في باب العددي من أدب القاضي رواية عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفســـاد ، حتى قالوا أيضاً لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين ، وقيل يراق العصير أيضاً قبل أن يشتـد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق ، لأنه روي عن عمر أنه هجم حين بلغه عن نائحة من نساء أهل المدينة هجم عليها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل يا أمير المؤمنين قـد سقط خمارها فقال أنه لا حرمة لها ، قالوا معنى قوله حين اشتغلت بما لا يحـــل في الشرع فقد اسقطت حرمتها . وروي أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شـــراباً في بيتـه .

وعن أبي يوسف إن كان لا يتيسر إراقتها إلا بشق الذق لا يضمن ككسر المعازف . وعند الشافعي وأحمد في رواية يضمن ، كذا في جامع المحبوبي ، وفي الذخيرة والمغني وبستان أبي الليث الأمر بالمعروف على وجوه إن كان يعلم بأكبر رائه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه لا يسعه تركه . ولو علم بأكبر رائه أنهم يقذفون بذلك ويشتمونه فتركـه أفضل ، وكذا لو علم أنهم يضربونه ولا يصبر على ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركـه أفضل . ولو علم أنه يصبر على ضربهم ولم يشك إلى أحد فلا بأس به وهو مجاهد . ولو علم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار ، والأمر بالمعروف أفضل . وذكـــر المحبوبي مطلقاً فقال

ولأبي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية ، وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد إلى الامراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم . وتجب قيمتها غير صالحة للهو

الأمر بالمعروف واجب أو فرض إذا غلب على ظنه أنهم يتركون الفسق بالأمر ، ولو غلب على ظنه أنهم لا يتركون لا يكون إثماً في تركه .

(ولأبي حنيفة « رح » أنها) أي الآلات المذكورة ، وهي البربط وأخواته (أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الإنتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل) أراد أن أعيانها ليست بمحرمة لأنها تصلح للإنتفاع بها لغير اللهو ، ولكنها أعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم تناف الضمان (فصار كالأمة المغنية) والحمامة الطيارة ، فان الضمان يجب على متلفها (وهذا) توضيح لما قبله (لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم) أراد أن الفساد ليس في المحل ، والمحل مال متقوم فيضمن (وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم) ولما وجدت المالية والتقوم في الأشياء المذكورة جاز بيعها ويضمن متلفها .

(والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم) هذا يتعلق بقوله كما إذا فعله بإذن الإمام ، يعني لما كان الأمر بالمعروف باليد للأمر لم يلزم الضمان على الكاسر بإذنهم ، فاذا فعل بغير إذنهم يلزم (وتجب قيمتها غير صالحة للهو) وفي بعض النسخ فيجب بالفاء ، أي إذا كان الأمر كذلك يجب قيمة هذه الآلات حال كونها غير صالحة للهو ، يعني تجب قيمتها صالحة لغير المعصية ، ففي الدف يضمن قيمته دفاً يوضع القطن فيه . وفي البربط يضمن قيمته قصعة يحل فيها الثريد ونحو ذلك، قاله قاضي خان .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي يضمن قيمته خشباً منحوتاً . وقال في المنتقى عن أبي حنيفة «رح» يضمن قيمته خشباً مخلعا ، إنما الذي يحرم به التأليف . وقال الفقيه

كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور ، كـــذا هذا . وفي السكر والمنصف تجـــب قيمتها ولا يجب المثل ، لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليباً حيث يضمن قيمته صليباً لانه مقر على ذلك

أبو الليث كانوا يقولون إن معنى قول أبي حنيفة «رح» أنه يضمن قيمتـــه ان لو اشترى بشيء آخر سوى اللهو فينظر لو أن إنساناً أراد أن يشتريه ليجله وعاء الملح أو غير ذلك بكم يشتري فيضمن قيمته بذلك المقدار .

(كما في الجاريه المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديـــك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور) إذا أتلفها وأراد بهذه الأمور الغناء في الجارية ، والمناطحة في الكبش ، والطيران السريع في الحمامــة ، والمقاتلة في الديك ، والخصى في العبد ، فإن هذه الأشياء كلها معصية ، ولكن المحل مال عتقوم ، فلذلك يجوز بيعهـــا ويضمن متلفها (كذا هذا) أي كذا حكم الآلات المذكورة إذا بيعت أو أتلف .

(وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل ، لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه) أي عن تملك عين كل واحد منهما لأنه حرام (وإن كان لو فعل جاز) أي فإن كان أخذ المثل في الضمان جاز لعدم سقوط التقوم والمالية (وهذا) أي هـــذا الذي ذكرنا في ضمان الآلات المذكورة .

(بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليباً حيث يضمن قيمته صليباً) أي حال كونـــه صليباً لا حال كونه صالحاً لغيره (لأنه) أي لأن النصراني (مقر على ذلك) أي على هذا الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها . وقال أحمد لا يضمن ، وعند الشافعي رحمه الله بالتفصيل كما ذكرنا. وقال القدوري في شرحه قال محمد إذا أحرق الرجل باباً منجوراً عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، وذلك لأن نقش التماثيل معصية فـــلا يجوز أن يتقوم في الضمان ، كما لا يتقوم الغناء في الجاريـــة المغنية . فإذا قطع رؤوس التماثيل

قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمـــة أم الولد عند أبي حنيفة . وقالا يضمن قيمتها لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، ومالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندهما متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

فذلك نقش غير ممنوع منه وقوم على الغاصب، فقال فيمن أحرق بساط منه تصاوير رجال ضمن قيمته مصوراً ، لأن التماثيل في البساط ليس تكرمة ، لأن البساط موطـأ . وإذا لم تكن محرقة ضمنها . وقال فيمن هـــدم بيتاً مصوراً بالأصباغ تماثيل قيمته قيمة البيت وأصباغه غير مصور ، لأن التماثيل في البيت منهي عنها ، كذا ذكره القدوري في شرحه.

(قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة «رح» ، وقالا يضمن قيمتها) أي قال في الجامع الصغير محمد عـــن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في رجل غصب أم ولد لرجل فماتت في يده قال لا ضمان عليه ، وإن غصب مدبرته فماتت فهو ضامن بقيمتها . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» يضمن أي في أم الولد كما يضمن في المدبرة (لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، وماليـــة أم الولد غير متقومة عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هـــذا الكتاب) وقد بينا فيه خلاف الثلاثة أيضاً .

فوائد : غصب ثوباً فكساه للمالك أو طعاماً فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم بأنــه ثوبه أو طعامه يبرأ الغاصب عندنا عن الضمان،وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ،ومالك في قول لا يبرأ . ولو باعه أو وهبه وسلمه ، أو أودعه وسلمه وأعـاره وسلمه ، أو أجره وسلمه والمالك لا يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد. وقال الشافعي في وجه لا يبرأ . ولو رهنه المالك عند الغاصب لم يـــبرأ عن الضمان عند الشافعي ، وعندنا ومالك وأحمد يبرأ ، ولو حل رباط دابة أو فتح قفص طير أو حل قيد

عبد فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي قـــول يضمن وبه قال مالك وأحمد .

وعن محمد يضمن سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار أما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا ، وعند الشافعي خلافاً لمالك وأحمد . ولو حل رأس الذق فسأل البائع أو قطع – علاكتى – قنديل فانكسر ضمن ، ولو كان الدهن جامـــداً فذاب بالشمس فسال لم يضمن ، وبه قال الشافعي في وجه . وقال في وجه يضمن وبه قال مالك وأحمد والغصب لا يتحقق في الحر بالإجماع فلا يضمن بالغصب . أما لو استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله عند الثلاثة ، لأنه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد،وعنده لايضمن.

ولو حبسه مدة لا يجب أجر مثله عندنا أيضاً،وبه قال الشافعي وأحمد في وجه ومالك. وقالا في وجه آخر أنه يضمن كما في العبد ، ولو غصب كلباً له منفعة وحبسه مدة يجب أجره في أحد الوجهين عند الشافعي،وعندنا وأحمد ومالك والشافعي في وجه لا يجب ولا يضمن إذا هلك أو أتلفه عند الثلاثة ، وعندنا يضمنه لأنه مال حتى يجوز بيعه عندنا، والله تعالى أعلم بالصوب وإليه المرجع والمـآب .

* * *

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ،

(كتاب الشفعة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الشفعة ،وجه المناسبة مع كتاب الغصب من حيث[1] أن كل واحد من الغاصب والشفيع يملك مال الغير بغير رضاه ، إلا أن الغصب عدوان ، والشفعة مشروعة فكان حقها التقديم ، لكن معرفة أحكام الغصب أحوج لكثرة وقوعه ولا سيا[2] في هذا الزمان ، ولكثرة أسباب الغصب ، بخلاف الشفعة وهو اتصال ملك العقار عندنا .

(والشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم) تقول كان وتراً فشفعته شفعاً ، والشفع خلاف

---

(١) قوله : من حيث أن ... الخ ، أقول لأن الغصب هو أخذ مال متقوم بلا إذن مالكه يزيل يده ، والشفعة تملك عقار على مشتراه جبراً بمثل ثمنه ، فالتملك على مال الغير جبراً مأخوذ في كل منهما ، إلا أن الشفعة مشروعة دون الغصب ، فكان حقه التقديم بفضل المشروع عن غير المشروع وشرفه عنه ، إلا أن معرفة أحكام الغصب أحوج لكثرة وقوعه ، حتى يحصل الاحتراز عنه لأن الاحتراز بعد المعرفة والكف عن السيئات خير من اتيان الحسنات فضلا عن المباحات قال الله تعالى ﴿ ونهى النفس عن الهوى ، فان الجنة هي المأوى ﴾ ٤٠ النازعات .

(٢) قوله : لا سيا في هذا الزمان ، أقول لأن هذا الرمان زمان رفع الأمان عن الكف عن ما يهوى إليه الشيطان وأوان ضعف الإيمان للبعد عن زمانه عليه صلوات الرحمن بحد لا يحصيه الحد والبيان ، وقد كان كلام الشارح في الزنا الذي كان هو رضي الله عنه موجود فيه ، فكيف حال زماننا .

الوتر وهو الزوج ، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة أيضاً ، والتركيب يدل على مقاربة السببين ، فلذلك قال وهو الضم (سميت بها) أي سميت الشفعة المصطلحة في الشرع (لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع) أي لما في الشفعة من ضم العقار المشتراة إلى عقار الشفيع لأنه يضم بسبب داره ملك جاره إلى نفسه ، ومنه سميت الشفاعة لأنها تضم المشفوع له إلى أهل الثواب .

وحدها في الشرع تملك المنفعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار ، فكان فيها معناها اللغوي ، وسببها أحد الأشياء الثلاثه ؛ الشركة في العقار، والشركة في الحقوق، والجوار على سبيل الملاصقة . وعند الشافعي لا يستحق بالجوار على ما يأتي. وقال الخصاف الشفعة تجب [1] بالبيع ثم تجب بالطلب ، فيه إشارة إلى أن سببها كلاهما على التعاقب وانه غير صحيح ، لأن الشفعة لما وجبت بالبيع كيف يتصور [2] وجوبها ثانياً . وقال شيخ الإسلام الاتصال [3] مع البيع علة لها ، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما ، ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط ، واتصال التسليم لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب .

(قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع) أي قال القدوري ومعنى واجبة ثابتة

---

(١) قوله : تجب بالبيع أو ما في معناه كالصلح على مال والهبة بعوض ، كذا في شرح المجمع ، والمراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي يلزم من تركه الإثم ، كذا في البيانية .

(٢) قوله : كيف يتصور ... الخ ، أقول ثبوت الشيء واحد لأن المصدر لا يتعدد إلا بتعدد المضاف إليه ، كما ثبت في موضعه .

(٣) قوله : الاتصال ، أقول أي اتصال ملك الشفيع بملك المشتري مع البيع علة لا مجرد الاتصال وإلا بطلت الشفعة لو سلم الشفيع الشفعة قبل البيع وليس كذلك ، ولا البيع بدون الاتصال وهو ظاهر .

عند تحقق سببها لا أن يكون المراد بها لزوم الإثم عند تركها بالإجماع والخليط الشريك في البقعة وهو فعيل من المخالطة وهي المشاركة ، والخلطة وهي الشركة . وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربعه إلا الاسم وأبوه عليه قائماً قالا لا يثبت الشفعة بخلاف القياس ، وأن القياس يأبى جوازها لأنها تملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه فإنه من نوع الأكل بالباطل ، وكذا ذهب بعض أصحابنا ، يقال أن القياس يأبى جوازها ، ولكن تركنا القياس بالآثار المشهورة . والأصح أنها أصل في الشرع فلا يجوز لأنها خلاف عن القياس ، بل هي ثابتة على موافقة [1] القياس .

(ثم للخليط في حق المبيع كالشرب) بكسر الشين (والطريق) وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين ، وإنما قيدنا بذلك لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

---

(١) قوله : على موافقة القياس ، فإن قيل القياس لا يوافقه لأنه من نوع الأكل بالباطل لفقدان رضى المالك . قلنا دفع الضرر عن المسلم ليس أمراً خلاف العقل ، بل هو أمر معقول من حيث العقل والشرع ، قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، فكذا ما يتضمنه ويلازمه .

فإن قيل قال الله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء، فعلة حرمة الأكل على ما نصه تعالى هو عدم وجدان التراضي، فعدم وجدان التراضي علة قطعية في تحريم التصرف في المال المأخوذ عن مالكه بلا رضاه، والعلة القطعية تدل على قطعية الحكم في جميع الفروع ، فكيف يعارضه الآثار الظنية المروية في جواز الشفع . قلنا كثرت أخبار الآحاد المرويات في جوازها حتى صار متواتر المعنى والعقد الإجماع على جوازها أيضاً فوجب الصرف إليه ، لأن جوازها ثبت بدليلين قطعيين الأول التواتر المعنوي في الاخبار المروية ، والثاني الإجماع المنعقد فيه فلا تعارضه العلة المنصوصة .

ثم للجار . أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحـــد من هؤلاء وأفاد الترتيب

(ثم للجار) يعني الملاصق ، أي ثم يثبت للجار خلافاً للشافعي على مـا يأتي (قال أفاد هذا اللفظ) أي قال المصنف أفاد لفظ القدوري هــذا وهو قوله للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع ثم للجار (ثبوت حق الشفعة لكل واحـد من هؤلاء) أي من الخليطين والجار (وأفاد الترتيب) حيث رتب الخليط في حق المبيع على الخليط في نفس المبيع ، ثم رتب الجار عليهما . وفي الذخيرة[1] صورته منزلاً بين اثنين وسكـة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه فالشريك الملاصق في المنزل أحق بالشفعة ، فإن سلم فأهل السكة أحق ، فان سلموا فالجار وهو الذي على ظهر المنزل وباب داره في سكـة أخرى ، ومسألة الجار على وجهين أما أن تكون الدار المشتركة في سكة نافـذة ، وفي هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء الملازق والمقابل في ذلك على السواء .

وقد قيل الشفعة على أربع مراتب ويظهر ذلك في مسألتين إحـداهما بيت في دار غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم ، فبـاع أحدهما نصيبه من البيت فالشفعة أولى للشريك في البيت ، فان سلم فلشريك الدار،فان سلم فلاهل السكة ، فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة أخرى . والثانيـة دار بين اثنين في سكة غير نافذة فالشفعة أولى للشريك في الدار ، فان سلم فللشريك في الحائط المشترك

---

(١) قوله : وفي الذخيرة . أقول والأوضح منه على ما في بعض شروح الوقاية أن يكون داراً مشتركة بين رجلين وفي الدار منزل مشترك بين أحدهمـا وبين ثالث ، وباب الدار في سكة غير نافذة وعلى ظهر المنزل داراً لرجل وبابه في سكة آخر فباع الشريـك في المنزل حصتهمن المنزل فالشريك الآخر في المنزل أحق من الشريك في الدار ، والشريك في الدار أحق من الشركاء في السكة ، لأنه شريك في الطريق الأخص ، فإن ساحة الدار ممر أهل المنزل ، فان سلم هو فالشريك في السكة أحق من الجار الملاصق لأنه شريك في الطريق الأعم . فان سلم فالشفعة حينئذ للجار .

أما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ، ولقوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً

بين الدارين ، فان سلم فلاهل السكة ، فان سلموا فللجار الملاصق .

(أما الثبوت فلقوله ﷺ الشفعة لشريك لم يقاسم) هذا غريب ، ولكن أخرج مسلم عن عبد الله بن ادريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ في الشفعة في كل شيء لم يقسم ربعه [1] أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك . فاذا باع ولم يؤذنه به فهو أحق به . وأخرجه الدارقطني في سننه وقال لم يقل في هذا لم يقسم إلا ابن ادريس وهو من الثقاة الحفاظ ، وأخرج مسلم أيضاً عن ابن وهب عن ابن جريج عن أبي الزبير رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فان أبى فشريكه أحق به حتى يأذنه .

(ولقوله ﷺ جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً) هذا مركب من حديثين ، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في البيوع والترمذي في الأحكام والنسائي في الشرط . وأبو داود والنسائي عن شعبة عن قتادة عن سمرة . والترمذي في الأحكام عن اسماعيل بن عتبة عن سعد عن قتادة أن النبي ﷺ قال جار الدار [2] أحق بدار الجار والأرض . وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

---

(١) قوله : ربعه ، أقول الربع المنزل ودار الإقامة ، وربع القوم محلتهم ، والربع جمعه بجمع التجار . قال الإمام النووي في شرحه لمسلم الربعة والربع بفتح الراء وإسكان الباء وبالفتح الدار والمسكن ، والمطلق الأرض وأصله المنزل الذي كان يتربعون فيه . والربعة تأنيث الربع ، وقيل واحدة والجمع الذي هو مسلم الجمع ربعة كثمرة وتمرة .

(٢) قوله : قال جار الدار ، أقول في هذا الحديث صفة العكس وهو من صنائع علم البديع ، ونظيره قولهم عادات السادات سادات العادات وكلام الإمام إمام الكلام وكلام الملوك ملوك الكلام .

ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه وابن أبي شيبة في مصنفه ، وفي بعض ألفاظهم جار الدار أحق بشفعة الدار ، وأخرجه النسائي أيضاً عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروة عن قتادة عن الحسن عن سمرة . وأخرجـه أيضاً عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروة عن قتادة عن أنس مرفوعاً جار الدار أحق بالدار ، فهذا الإسناد رواه ابن حبان في صحيحه ثم قال وهذا [1] الحديث إنما ورد في الجـار الذي يكون شريكاً دون الجار الذي ليس بشريك ، يدل عليه ما أخبرنا واسند عن عمرو بن الشريد قال كنت مع سعد بن أبي وقاص والمسور بن مخرمة فجاء أبو رافع مولى رسول الله ﷺ وقال السعد بن مالك اشتر مني بيتي الذي في دارك فقال لا إلا بأربعة آلاف منجمـة ؛ فقال أما والله لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الجار أحق بسقبه ما بعتكها وقـد أعطيتكها بخمسمائة دينار، انتهى .

قلت هذا معارض بما أخرجه النسائي وابن ماجة عن حسين المعلم عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رجلا قال يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شريك ولا قسم إلا الجوار ، فقال الجار أحق بسقبه ما كان . وأخرجه الطحاوي ولفظه ليس لأحـد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار .

وأخرجه ابن جرير الطبري في التهذيب ولفظه ليس لأحـد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار ، فهذا صريح بوجوبها لجوار لا شركة فيـه تدل على سقوط تأويلهم الجار بالشريك ، وعلى أن الجار الملازق تجب له الشفعة وإن لم يكن شريكاً ، وبقيـة الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعه عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء بن أبي رباح عـن

---

(١) قوله : وهذا الحديث ، أقول حاصله أن هذا الحديث يدل على أن المراد بالجـار هو الشريك ، لأن السعد بن مالك قال أولاً اشتر مني بيتي الذي في دارك ، وهـذا يدل على الشركة ، ثم استدل عن قوله عليه‌السلام الجار أحق بسقبه ، ومن الظاهر أن الإستدلال لا يصح إلا إذا كان المراد بالجار الشريك دون الجار الذي ليس بشريك .

جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظرها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد . وقال الترمذي حديث حسن غريب ولا يعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث .

وقال في مختصره قال الشافعي بخلاف انه لا يكون محفوظاً . وسئل الإمام أحمد عن هذا الحديث فقال هو حديث منكر ، وقال يعني لم يحدث إلا عبد الملك وقد أنكره الناس عليه . وقال الترمذي سألت محمداً بن اسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به . ويروى عن جابر خلاف هذا .

قلت ذكر صاحب الكمال عن الثوري وابن حنبل قال عبد الملك من الحفاظ ، وكان الثوري يسميه الميزان . وعن أحمد بن عبد الله ثقة ثبت ، وأخرج له مسلم في صحيحه . وقال الترمذي ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . وذكر ابن حبان في الثقات وقال روى عنه الثوري وشعبة وأهل العراق وكان من خيار أهل الكوفة وحفاظهم ، وليس من الإنصاف ترك شيخ ثبت بأوهام لهم في رواية ، ولو سلكنا ذلك للزمنا ترك حديث الزهري وابن جريج والثوري وشعبة ، لأنهم لم يكونوا معصومين .

وقال صاحب التنقيح واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحداً ، وحديث جابر المشهور لم يثبت فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط صرف الطرق ، فنقول إذا اشترك الجارات في المنافع كالبئر والسطح أو الطريق فالجار أحق [1] بسقب جاره لحديث عبد الملك ، وإذا

---

(١) قوله : أحق ... الخ ، أقول في مجمع جار الأنوار السقب بفتح السين وهو بالصاد في الأصل القرب سبقت الدار وأسبقت أي قربت ، وما احتج به موجب الشفعة للجار ونافيه باوله على الشريك فانه يسمى جاراً ، أو على أنه أراد أنه أحق بأيسر المعونة بسبب قربه من جاره .

ولقوله عليه السلام الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ،

لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر المشهور ، وطعن شعبة في عبد الملك بنسبة هذا الحديث لا يقدح فيه ، فإنه ثقة . وشعبة لم يكن من الحذاق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، إنما كان حافظاً وغير شعبة إنما طعن فيه تبعاً لشعبة . وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه ، واستشهد به البخاري .

(ولقوله ﷺ الجار أحق بسقبه ، قيل يا رسول الله ﷺ ماسقبه قال شفعته) أخرج البخاري في صحيحه عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ يقول الجار أحق بسقبه انتهى . السقب بفتح السين المهملة وفتح القاف وفي آخره باء موحدة القرب ، يقال سقبه داره بالكسر والمنزل سقب ، والساقب القريب ، ويقال للبعيد أيضاً جعلوه من الاضداد .

وقال ابراهيم الحزمي في كتابه غريب الحديث الصقب بالصاد ما قرب من الدار ، ويجوز أن يقال صقب فتكون السين عوض الصاد ، لأنه في أول الكلمة ، وكذا لو كان في أول الكلمة حاء أو عين أو طاء فنقول صحر وسحر ، وصدع وسدع ، وصطر وسطر ، فإن تقدمت هذه الحروف الأربعة السين لم تجز ذلك ، فلا يقال خصر وخسر ، ولا قصب وقسب ، ولا ضرص وضرس . وفي المغرب السقب القرب والاتصال ، وأريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب تسميته [1] بالمصدر . وفي الجمهرة يقال سقبته الدار واسقبت لغتان فصيحتان ، والمنزل سقب واسقب وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة .

---

(١) قوله : تسميته بالمصدر ، أقول وإلا فحمل المصدر كيف يصح ، فالمعنى أن الجار أحق بساقبه وهو الجار . فان قيل أن الأحق صيغة أفعل التفضيل فهو يدل على مزيد استحقاق عما عداه فيلزم أن يزيد استحقاقه على الشريك . قلنا إنه عليه السلام اختار لفظ السقب وهو يدل على علية القربة للاستحقاق . ومن الظاهر أن مزيد القربة للشريك دون الجار .

(ويروى أن الجـار أحق بشفعته) قد ذكرنا عن قريب عن جابر رضي الله عنه عن الترمذي الجار أحق بشفعته ينظر بها ، وإن كان غائباً . وروى إسحاق بن راهوية مسنداً أخبرنا الجارمي وغيره عن سفيان الثوري عن ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن النبي ﷺ قال الجار أحق بشفعته . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب أقضيته عليه السلام ثنا جرير عن منصور عن الحاكم عـن علي وعبد الله قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار . وروى ابن جرير الطبري في التهذيب حديث موسى بن عقبة عـن إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى أن الجار أحق بسقب جاره .

وأخرج ابن جرير أيضاً عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ إذا أراد[1] أحدكم أن يبيع عقاره فليعرضه على جاره . وأخرج ابن حبان في صحيحه حديث الجـار أحق بصقبه من حديث أبي رافع وأنس عن النبي ﷺ فظهر بمجموع هـذه الأحاديث أن الشفعة ثلاثة أسباب الشركة في نفس المبيع ، ثم في الطريق ، ثم في الجـوار . وحكى الطبري أن القول بشفعة الجوار هو قول الشعبي وشريح وابن سيرين والحكم وحماد والحسن وطاووس والثوري وأبي حنيفة وأصحابه . قلت وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة أيضاً. وفي شرح الوجيز عن ابن شريح كمذهب أبي حنيفة . قال العاصي الروناني بعض أصحابنا

---

(١) قوله : إذا أراد ، أقول فان قيل قوله عليه السلام إذا أراد أحدكم أن يبيع عقاره ... الخ على أن الإخبار بمجرد إرادة البيع واجب مع أن الأحق في الأول الإطلاع للشريك في نفس المبيع ، ثم في حق المبيع ثم الجار . قلنا المراد بيع العقار الذي لا يكون محـل الشركة ، أو المراد بالعرض على الجار بعد عرضه على الشريك . قال الإمـام النووي واختلف العلماء فيما لو أعلم الشريك بالبيع فأذن فيه فباع ثم أراد الشريك أن يأخـذ بالشفعة فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وعثمان وابن أبي ليلى وغيرهم له أن يأخـذ الشفعة . وقال الحاكم والثوري وأبو عبيدة من أهل الحديث ليس له الأخـذ . وعن محمد روايتان كالمذهبين.

وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، ولان حق

يفتي به وهو الاختيار . وفي الإستذكار روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي بكر ابن حفظ بن عمر بن سعد بن أبي وقاص أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح أن إقض بالشفعة للجار ، فكان يقضي بها . وسفيان عن ابراهيم أن ميسرة قال كتب إلينا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إذا حدت الحدود فلا شفعة . قال ابراهيم فذكرت لطاووس فقال لا الجار أحق .

(وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار) وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب ، لأن ذلك كالجوار وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر والبئر ، وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي وأبو ثور وابن ثور وابن المنذر . وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم (لقوله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) أخرج البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن قال قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وفي لفظ البخاري إذا جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وهذا يقتضي أن جنس الشفعة فيما لم يقسم ، إذ الألف واللام للجنس لعدم المعهود [١] والدليل عليه أنه قال في رواية إنما الشفعة فيما لم يقسم ، وإنما كلمة [٢] الحصر ، ويدل عليه أيضاً فاذا صرفت الطرق ، أي جعل لكل قسم طريق على حدة فلا شفعة .

(ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس) هذا دليل معقول للشافعي ، والسنن

---

(١) قوله : لعدم المعهود أقول كقوله عليه السلام الائمة من قريش فيختص الشفعة فيما لا يقسم . يعني إذا كان قابلا للقسمة ، وإنما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم للشريك في حق المبيع والجار ، لان حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه .

(٢) قوله : وإنما كلمة ، أقول فهي دالة على أن جنس الشفعة مختصة فيما لم يقسم.

الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه ، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع . ولنا ما رويناه

بفتح السين الطريق ، وتقريره أن حق الشفعة خارج عن مقتضى القياس (لما فيه) أي في حق الشفعة (من تملك المال على الغير من غير رضاه) وذا لا يجوز لقوله ﷺ لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه ، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا ، لكن ثبت فيما لم يقسم على خلاف القياس ، وهو معنى قوله (وقد ورد الشرع به) أي بحق الشفعه (فيما لم يقسم) لدفع ضرر مؤنة القسمة ، فلا يلحق به غيره قياساً أصلا ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه .

(وهذا) أي الجار (ليس في معناه) أي ليس في معنى ما ورد به الشرع (لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل) أي فيما لم يقسم ، وهو موضع الإجماع (دون الفرع) وهو المقسوم ، وهو موضع الخلاف . أراد أن الشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لأنه يحتاج إلى أن يدفع من نفسه مطالبة القسمة ولا يمكنه إلا بالتملك عليه ، وهذا المعنى لا يتحقق في الجار .

(ولنا ما رويناه) من الأحاديث المذكورة عن قريب . فان قيل يطلق لفظ الجار على الشريك كما في قول الأعشى :

أيا جارتي [1] فانك طالق كذلك أمور الناس عاد وطارق

والمراد [2] زوجتي وهي شريكته في الفراش ، ولانه ﷺ قال إنما الشفعة فيما لم يقسم ،

---

(١) قوله : أيا جارتي ، أقول معناه يا زوجتي كما انك طالق كذلك أمور الناس ليست على طريقة واحدة فلا تحزني .

(٢) قوله : والمراد زوجته ، أقول جواب سؤال مقدر وهو أن الجار في هذا المقام بمعنى الزوج لا بمعنى الشريكة . فأجاب أن الزوجة هي الشريكة . فأجاب أن الزوجة هي الشريكة في الفراش فيصح إطلاقه على الشريك أي شريك كان ، لان المجاز لا يختص بمورد خاص بل يعم حسب عموم الجامع والعلاقة .

نص على النفي عن غيره، لأن كلمة إنما للحصر، ولأن تعليلكم الاستحقاق بالجوار بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل وبالجار الملاصق بطريق الإجارة. قلنا حمل إسم الجار على الشريك ترك [١] الحقيقة فلا دليل، وذا لا يجوز. ولأن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك فانه قال في آخره إن كان طريقهما واحداً، وفي حمله على الشريك يلغو هذا لأن بالشركة [٢] يستحق الشفعة سواء كان الطريق واحداً أو لا.

وقال الإمام الحلواني تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته والعجب منهم أنهم سموا أنفسهم أصحاب الحديث فالعنوا أنفسهم بترك العمل بالحديث بأصحاب الحديث. وقد روى ابن سعد رضي الله عنه عرض بيتاً له على جاره فدل أن جميع البيت له، وسعد تأوله بالشريك ويبطل أيضاً تأويله بالشريك ما أخرجه ابن أبي شيبة عن أبي أسامة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه قلت يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال الجار أحق بسقبه ما كان، وسمي الزوجة جار إلا أنها تجاوره في الفراش لانها لا تشاركه. وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة وتخصيص [٣] الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه.

---

(١) قوله: ترك الحقيقة العدول عنها إلى المجاز بلا قرينة صارفة غير صحيح.

(٢) قوله: لأن بالشركة، أقول لأن المأخذ يكون علة للاتصاف، فإذا كان الشريك مستحقاً بالشفعة كان استحقاقه بعلة الشركة فيعم المعلول وهو الشفعة لعموم العلة فلا وجه للتقييد بأن يكون طريقهما واحداً. فإن قيل يجوز أن يكون هذا التخصيص العلة وهو أن الشركة إنما تعمل في الاستحقاق إذا كان طريقهما واحداً. قلنا فالعلة على هذا هو اتحاد الطريق لا دخل فيه لمفهوم الشركة وتخصيص العلة مع عموم المأخذ تكلف.

(٣) قوله: وتخصيص الشيء، أقول هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن قوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم، يدل على أن جنس الشفعة للشريك لأن اللام للجنس لعدم المعهود فأجاب تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فتخصيص الشريك في استحقاق جنس الشفعة لا يدل على نفي الاستحقاق عما عداه، لأن الجنس يتحقق... فبيان تحققه في فرد لا يدل على انحصاره فيه.

وأما رواية إنما الشفعة فليست بثبت ، ولئن سلمنا ثبتها يقتضي [1] نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما روينا ، أو يقتضي تأكيد المذكور بطريق الكمال كما قال سبحانه وتعالى ﴿ إنما أنت منذر ﴾ وكما يقال إنما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ، والشريك في البقعة كامل في سبب استحقاق الشفعة دون نفي غيره ، بدليل [2] سياق الحديث ، فانه قال في آخره فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وعند الشافعي لا شفعة هناك أيضاً ، فكان آخر الحديث حجة لنا أيضا مع انه قيل إن هذا من كلام الراوي لا من الحديث ، فلو صح أنه من الحديث فمعنى قوله لا شفعة [3] بوقوع الحدود وصرف الطرق ، فكان الموضع موضع إشكال ، لان في القسمة بمعنى المبادلة .

ومما يشكل هل يستحق بها الشفعة ، فبين النبي ﷺ أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة ،

---

(١) قوله : يقتضي نفي الشفعة ، أقول حاصله أن قوله عليه السلام إنما الشفعة للشريك يدل على انحصار الشفعة الثابتة بالشركة في الشركاء درن انحصار الشفعة المطلقة عملاً بما روينا ، فاللام فيه للمعود الذهني وهو الشفعة الثابتة للشركاء ، ومن الظاهر أن الشفعة لا تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه ، وحقهم متأخر عن حقهم ، وبذلك يتحصل التوفيق بين الأحاديث ، على أنا نقول إن الفوبة إلى الجار إنما تنقل بعد الشركاء عن أخذ الشفعة ، فجنس الشفعة في أول الأمر للشفعاء فقط .

(٢) قوله : بدليل سياق ، أقول حاصله أن قوله إذا وقعت الحدود يدل على نفي العلة وهي الشركة .

(٣) قوله : لا شفعة ، يدل على عدم المعلول وهي الشفعة الثابتة بسبب الشركة ، فالمراد أن الشفعة الثابتة بسبب الشركة ثابتة حتى لا تقم الحدود ولا تصرف الطرق ، وإنما بعد وقوع الحدود وصرف الطرق فلم يبق استحقاق الشفعة الواجبة بالشركة ، فالربط بين الجملتين شعر بأن المراد نفي الشفعة الثابتة بالشركة فيما إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دون نفي الشفعة المطلقة .

ولان ملكه متصل بملك الدخيل إتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع . وهذا لان الاتصال على هـــذه الصفة انما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ما عرف ، وقطع هـــذه المادة بتملك الاصيل أولى ،

ولا يلزم الجار المقابل . ولأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق رفعـــه بحق الملك، فان الشفعة حق الملك فيتحقق به رفع ضرر يلحق بسبب اتصال الملك، ولهذا لم يثبت لجار السكنى كالمستأجر والمستعير ، لأن جواره ليس بمستدام .

(ولأن ملكه) أي ملك الشفيع (متصل بملك الدخيل) أي متصل بما ملك المشتري بالشراء ، وسماه دخيلاً لأنه ليس بأصيل في الجوار ، والأصيل هو الجار (اتصال التأبيـد والقرار) في بعض النسخ اتصال التأبيد والقرار وفي بعض النسخ اتصال تأبيـد وقرار . واحترز بالتأبيد عن المنقول والسكنى بالعارية والقرار عن المشتري شراء فاسداً ، لأنـه إقرار له لوجوب النقض رفعاً للفساد فثبت له(حـق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال) أي إذا كان كذلك يثبت للشفيع حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال احترز بـه عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً (اعتباراً بموردالشرع)أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم .

(وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة) هذا كأنه جواب عن قوله وهذا ليس في معناه، أي لا معنى لقوله وهذا ليس في معناه إذ الاتصال على هـذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار (إنما انتصب سبباً فيه) أي فيما ورد الشرع (لدفع ضرر الجوار إذ هـــو) أي الجوار (مادة المضار) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهـــار وأعلى الجدار للإطلاع على الصغار والكبار (على ما عرف) سواء هذا بين الجيران (وقطع هذه المادة) جواب إشكال وهو أن يقال الشفيع أن يتضرر بالدخيل ، والدخيل أيضاً يتضرر بتملك الشفيع ما له عليه ، فأجاب بأن قطع هذه المادة (بتملك الأصيل) يعني الشفيع (أولى

لان الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى ، وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره .

لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) لأن ملك [1] المشتري لم يتقرر بعد ، والمشتري رافع لتقرير ملكه ، لانه مضطر إلى البيع لو لم يوافقه المشتري والدفع [2] أسهل من الرفع .

(وضرر القسمة مشروع) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه عند بيع أحد الشريكين ، لانه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ، فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسبب مؤنته ، وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعاً للضرر عنه . وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع (فلا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) وهو التملك على المشتري من غير رضاه لدفع ضرر القسمة ، لانه ليس [3] بضرر بل العلة هي دفع ضرر الجوار

---

(١) قوله : لأن ملك المشتري ... الخ ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن البيع إذا تم فثبت تملك المشتري، فكما أن الشفيع يتضرر عن ضرر الجوار ، يتضرر المشتري أيضاً، لأن في جواره ملك الشفيع . فأجاب أن ملك المشتري لم يتضرر بعد ، لأن تقرره بعد تسليم الشفيع والمشتري رافع لتقرير ملكه على خطة آبائه وهو الازعاج عنها ، لأنه لو لم يوافقه المشتري بل أضر للشفيع بضرر الجوار الذي هو مادة المضار يضطر على بيع خطة آبائه فيلزم الإزعاج عنها فيترجح الأصل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفة إلى نفسه ، اذ لا ضرر للدخيل بأن يعود إلى رأس ماله ، إنما عدم ربحاً .

(٢) قوله : والدفع أسهل ، أقول لأن الدفع وهو دفع الأصل ضرار الجوار عن نفسه بتحويل الصفقة إلى نفسه أسهل من رفع الدخيل تقرير الملك الذي ثبت للاصل على خطة آبائه ، لأن الأول يتضمن ضرراً يسيراً والثاني ضرراً كثيراً .

(٣) قوله : لأنه ليس ... الخ ، يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعاً وما وجب شرعاً ، وصار حقاً عليه لا يصح علة لتحقق ضرر المشتري بملك ماله بغير رضاه ، وإنما مرفوع ضرر ليس بحق عليه .

باتصال الملكين على الدوام .

فإن قلت ضرر الدخيل موهوم، وربما يكون وربما لا يكون لأنه مسلم مميز عاقل وعقله ودينه يمنعانه عن أضرار الغير وضرر المشتري وهو أخذ الملك منه بلا رضاه متحقق ، فلا يلتزم ضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم . ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن رفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة . قلت لا نسلم أن ضرر الدخيل موهوم بل هو غالب ، فان الإنسان لا يمكنه الانتفاع بملكه مدة عمره ولا يتأذى من جاره ، فما أجزأ من قال قبل حلوله لانه إذا نزل ربما يمكن دفعه، وبما لا يمكن فلا فائدة إذن في الاشتغال بالدفع والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن . فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج . وربما يحصل ضرر في باب السلطان أي في المقابلة فوق[1] ضرر سوء الصحبة ، فلا يتحمل إلا على الدفع الادنى .

فان قلت [2] العلة في استحقاق الشفعة للشريك دفع ضرر المقاسمة ، فلا يتحقق هذا المعنى في الجار فلا يثبت له الشفعة . قلت المقاسمة حق مستحق على الشريك فلا يكون من الضرر .

فان قلت في المملوك بالإرث والهبة والوصية لا يثبت الشفعة فينتقض عليكم . قلت [3]

---

(١) قوله : فوق ضرر ... الخ ، أقول لأن الاشتغال في المرافعة والمقابلة يستلزم التعطل عن الاشتغال بأكثر المهمات الضرورية التي يحتاج إلى اشتغالها الإنسان وفيه حرج.

(٢) قوله : فإن قلت أقول حاصله أن العلة عندكم للشفعة هي دفع ضرار الجوار باتصال الملكين على الدوام فيلزم أن يثبت الشفعة في المملوك بالإرث والهبة والوصية مع أنها لا يثبت الشفعة في الأمور المذكورة وإلا يلزم تخلف العلة المؤثرة عن المعلول وهو الحكم .

(٣) قوله : قلت عدم ... الخ ، أقول يعني إن عدم ثبوت الشفعة ، بل الباعث فيه ندرة وجودها وقلة وقوعها ، وترتب الأحكام الشرعية التي يتعلق الابتداء بها إنما هو على الحوادث التي كثر وقوعها لئلا يلزم التمهل والسدى في المعاملات .

عدم الثبوت في هذه الاشياء لقلة وجودها ، بخلاف البيع ، وأيضاً [١] فإنها لو ثبت فيها إما أن يثبت بعوض فلا يمكن وهو ظاهر أو بغير عوض فليس بمشروع في الشفعة .

(وأما الترتيب فلقوله ﷺ الشريك أحق من الخليط [٢] والخليط أحق من الشفيع) هذا عطف على قوله أما الثبوت قد مر أن لفظ القدوري دل على شيئين ثبوت الشفعة والترتيب . أما ثبوتها فبالاحاديث المذكورة ، وأما الترتيب فلقوله ﷺ ولكن لم يثبت الحديث بهذا اللفظ الذي ذكره المصنف . وقال ابن الجوزى في التحقيق هذا حديث لا يعرف . وأما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة النسفي قال قال الشعبي قال رسول الله ﷺ الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب . وقال في القبيح هشام ومعه ابن معين وقال أبو حاتم لا بأس بحديثه ، انتهى .

قلت هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن المبارك به . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في اثناء البيوع ثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال الخليط

---

(١) قوله : وأيضاً فإنها ، أقول يعني إن الشفعة لا تخلو إما أن يثبت فيها بعوض أو بغير عوض وكل من الشقين باطل فالشفعة كذلك . أما بطلان الشق الأول فلان الإرث والهبة التي تكون بغير عوض والوصية لا تكون بإزاء المال فالشفيع إن استحقها بالعوض لزم الاستحقاق في الأشياء التي يكون استحقاقها بلا عوض بالعوض هذا خلف ، وأما بطلان الشق الثاني فلان الشفيع إن استحقها بغير عوض يلزم ثبوت الشفعة بغير عوض .

(٢) قوله : أحق من الخليط ، أقول أي الشريك راجح في حق الشفعة بالنسبة إلى الخليط فلذا يتقدم على الخليط ، وإن كان للخليط استحقاق معه ، بخلاف الابن وابن ابن آخر ، لأن شرط استحقاقه عدم الابن ، فهاهنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن . والحاصل أن الشريك صاحب للخليط في الحكم والابن حاجب لابن ابن أخ في النسب .

أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من الجار، والجار أحق ممن سواه . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح الخليط أحق من الجار، والجار احق من غيره . وأخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابرهيم النخعي قال الشريك أحق بالشفعة ، فان لم يكن شريك فالجار والخليط [1] احق من الشفيع ، والجار احق ممن سواه . وروى ابو يوسف عن اشعب بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع ، والشفيع احق من الجار ، والجار احق من غيره .

(فالشريك فى نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) وهذا كما قد ترى فسر الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع ، والخليط بمن كان في حقوق المبيع ، وهما في اللغة سواء .

وقال الطحاوي في شرح الآثار فإن قال فقد جعلت هؤلاء الثلاثة شفعاء بالأسباب التي ذكرت فلم جعلت الشريك أولى من الشريك في الطريق ثم الجار . قيل له لأن الشريك له شركة في الطريق وفي الدار بعينه ، وليس لصاحب الطريق حق في الدار ، فلهذا صار هو أولى . وكذلك لصاحب الطريق حق في الطريق وليس في الطريق للجار ذلك ، فلهذا صار هو أولى ثم الجار .

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد قالوا في الشريك إذا سلم الشفعة وجبت للشريك في الطريق ، فان سلمها وجبت للجار . وروى عن أبي يوسف أن الشفعاء إذا اجتمعوا فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة [2] لغيره ، لأن عقد البيع وقع غير

---

(١) قوله : قال الخليط أحق ...الخ أقول أي الخليط أحق من الجار الملاصق والجار الملاصل أحق من الجار المقابل .

(٢) قوله : فلا شفعة ، أقول حاصله أن العقد لا يخلو إما أن يكون موجبا الشفعة للجار أولاً ، على الأول يلزم تقدمه على الشريك ، وعلى الثاني فلا شفعة له لعدم كون العقد موجبا للشفعة في حقه ، والحل أن العقد وقع موجبا في حقه بشرط تسليم ←

موجب للشفعة للجار ، ألا ترى انه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه إلا بتجديد بيع آخر أصله إذا استحدث الجوار .

وقال الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معاني بالشركة، وفيها وقع عليه عقد البيع أو بالشركة في حقوق ذلك ، أو بالجوار الاقرب ، وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هي مفردة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم ينصرفون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ، ومن الشريك في الزقاق الذى فيه باب الدار ، فان سلم الشريك في منزله الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة ، وإن سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذى لا منفعة له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعد بالشفعة من الجار الملاصق جميع أهل الزقاق الذى طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في

← الشريك ، فالسبب كان في أول الأمر متحققا ، إلا أنه كان غير مؤثر في الحكم لعدم تحقق الشرط .

فان قيل إن العقد لا يخلو إما أن يكون موجبا للشفعة في حق الشريك والخليط والجار على سبيل التبادل أو على سبيل الإجتماع على الأول فلا ينتقل الإستحقاق من الشريك إلى الخليط بعد تسليمه ، لأن الإيجاب على سبيل التبادل لا يقتضي الإستحقاق إلا لأحد وهو الشريك ، وقد أسقط حقه فلا ينتقل وهو الشريك وقد أسقط حقه فلا ينتقل منه إلى الخليط ، لأن الإسقاط يقتضي الإثبات في حقه لا الإنتقال منه إلى حق الغير ، وعلى الثاني يلزم الإستحقاق لكل من الشريك والخليط والجار على السواء . قلنا إن العقد موجب للشفقة على الترتيب بطريق للتعاقب الذى يكون بين المعد بالكسر والمعد بالفتح، فتأمل فيه فانه دقيق .

ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعـــده الاتصال في الحقوق ، لانـه شركة في مرافق الملك ، والترجيـح يتحقق بقوة السبب ،

ذلك سواء ، فان سـلم الشريك في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعـد هؤلاء احق ، وليس بغير الملاصق من الجيران شفعة مما لا طريق له في الزقاق ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد . قال بشـر ابن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أن أبا يوسف قال بعض أصحابنا لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم نصيبه ، وقال عامتهم للجار الشفعة ، انتهى .

(ولان الإتصال بالشركة في البيع أقوى) هذا دليـل عقـل على الترتيب (لأنه) أى لأن الإتصال (في كل جزء) من أجزاء المبيع (وبعده) اى بعد الإتصال بالشركة (في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك) المرافق مواضع الرفق من صب المـاء ورمي الكناسة وكسر الحطب وإيقاد النار والإستراحة في الخـلاء ونحو ذلك وهو جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء . وفي العباب ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها .

(والترجيح يتحقق بقوة السبب) لوجود الإتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، وقوة السبب يوجب الترجيح كالضرب و فلما كان ابلـــغ كان الألم أكثر . ولان ضرر القسمة إن لم يصلـــح علة لاستحقاق الشفعة ، لان القسمة أمر مشــروع يصح مرجحاً ، معنـــاه إنما يصح مرجحا لا لكونه علة ، ولا يلزم أن لا يصح للترجيح ، لان الترجيح [1] إنما يكون ابدا بزيادة وصف لا يصلـح للعلية ، فلهذا كان الشريك في نفس المبيع هو الشريك الذى لم يقاسم اولى من غيره كالأخ لأب وأم يترجح على الأخ لأب

---

(١) قوله : لأن الترجيح ... الخ ، أقول هذا جواب سـؤال مقدر وهو أن ضـرر القسمة ضـرر مشروع فكيف يصلح مرجحاً لتحقيق ضـرر المشتري بتملك ماله بغير رضـــاه ، فأجاب بأن المرجح دون العلة ، والترجيح إنما يكون بزيادة وصف لا يصلح للعلية ، وهو هاهنا موجود .

ولان ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً . قــال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا أنه مقدم قال فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكنة أخرى .

في الميراث بالعصوبة ، وإن كانت العصوبة لا يستحق بالأم ، وكما إذا تنازع المستأجر مع رب الطاحونة في عدم جريان الماء يرجع بالحال إن كان الماء جار في الحال يكون القول رب الطاحونة وإن كان منقطعاً يكون للمستأجر .

(وقال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعــة مع الخليط في الرقبة لـمـا ذكرنا انه مقـــدم ، قال فان ســلم) أى قال القدوري فان ســلم الخليط في الرقبة وهو الشريك في نفس المبيــــع (والشفعة للشريك في الطريق ، فان ســلم) أى الشريك في الطريق (أخذها الجار لما بينا من الترتيب ، والمراد[1] بهذا الجار الملاصق) وفي بعض النسخ الملاصق ولا اعتبــار للجار المحاذي ، خلافاً لمــا روي عن شــريح . وفي خلاصة الفتاوى ثبت الشفعة بجوار دار الوقف . وفي الواقعات في باب الشفعة بعلامة الشين رجل له أرض وهي وقف عليه اشترى رجل أرضاً أخرى بجنبها ليس لصاحب الارض الموقوفة عليه شفعــــة ، لأن الشفعة بحق المالك ولا ملك له (وهو) أى الجار الملاصق (الذى على ظهر الدار المشفوعة ، وبابه في سكة اخرى) أى في زقاق اخرى . وفي

---

(١) قوله : والمراد ... الخ ، لأن الجار الملازق قد تحقق اتصال بقعة أحدها ببقعة الأخرى فيستحق الشفعة إلى أنه جــار ملازق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران ، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقـــدم على غيره من الجيران ، لأن الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة . ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً بينهما كان هو أولى .

وعن أبي يوسف أن مـــع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به . ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم ، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيـع قـــد يكـون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منهـا

الباب السكة الطريقة المصطفة من النخل ، وإنما سميت الأزقة سككاً لاصطفاف الدور فيها وسكة الدراهم هي المنقوشة .

(وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى) أى الشريك في الرقبة ســواء أسـلم شفعته أو استوفاها (لأنهم محجوبون به) أى لأن الشريك في الطريق وغيره من الشفعاء محجوبون بالشريك في الرقبة والمحجوب لا شـــيء له مع وجود الحاجب كما في الميراث ،فان الأقرب ولو امتنع عن أحـــد الميراث لا يكون للأبعد ، وقد ذكرناه عن قريب ناقلاً عن شرح مختصر الكرخي .

(ووجه الظاهر أن السبب) أى وجه ظاهر الرواية أن السبب وهو الإتصال (تقرر في حق الكل) ولهذا قلنا يجب للجار أن يطلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع حق يتمكن من الأخذ إذا سلم الشريك ، حتى لو لم يطلب بعـد علمه بالبيع لا حق له بعـد تسليم الشريك الشفعة ذكره في المبسوط (إلا أن للشريك حق التقدم) أى الشريك في الرقبة أحق من الجار لمـا ذكرنا .

(فاذا سلم) أى الشريك في الرقبة (كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض) أى التي غير معروفة الأسباب فى المرض مع ذي الصحة سواء ، وقد مر فى الإقرار (والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار) بأن كانت الدار كبيرة فكان فيها بيوت وفى بيت واحد شـركة والشفعة بذلك دون الجار (أو جـــدار معين منها) أى من الدار ، صورته أرض بينهما غير مقسومة فبنيـا حائطاً فى

وهو مقدم على الجار في المنزل ، وكذا على الجار في بقيه الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف ، لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة

وسطها ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحتـــه مشتركا بينهما ، فكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع ، فيكون مقدما على الشريك .

أما لو اقتسما الارض قبل بناء الحائط وخط خطاً في وسطها ثم أعطى كل واحد شيئاً حتى بنيا حائطاً فكل واحد جار في الارض شريكا في البناء لا غير ، والشركة في البناء لا غير لا يوجب الشفعة [1] ، كذا في الذخيرة .

(وهو مقدم) أي الشريك في المبيع مقدم (على الجار في المنزل) وكذا على الجار في بقيـــة الدار (في أصح الروايتين عن أبي يوسف) أي وكذا الشريك في الجدار مع أرضه مقدم على الجار في بقية الدار . وفي المغني ذكر القدوري أن الشريك في الارض التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع عند محمد وأحد الروايتين عن أبي يوسف فيكون مقدماً على الجار في كل المبيع. وفي رواية عن أبي يوسف يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة ، وفي الباقي بحكم الجوار فيكون ذلك من جار آخر بينهما .

وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحـــق بالشفعة في ذلك ، فالشفعة لصاحب الطريق . قال وكذلك دار بين اثنين لأحدهما حائط بينه وبين رجل يعني بأرضـــه فباع الذي له منزل في الحائط نصيبـــه من الدار والحائط ، قال والشريك في الدار أحـــق بشفعة الدار ولاشفعة للشريك في الحائط وأرضـــه ، وكذلك دار بين رجلين و لأحدهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فبـــاع له الشريك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البئر في الدار وله شفعة في البئر ، لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة لأن المنزل من حقوق الدار ومرافقه ، ولهـــذا يدخل في بيع الدار متى ذكر كل حق هو لها .

---

(1) قوله : كذا في الذخيرة ، وبه تبين أن المراد بالشركة في الجدران يكـــون شركة في أرضه أيضاً ، لأن الشركة في البناء لا توجب الشفعة .

ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافـذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن ، وما تجري فيه فهو عام ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمـد « رح » . وعن أبي يوسف

وإذا كان المنزل من توابع الدار كانت الشركة فى المنزل تبعاً للدار وتبع الشيء بمنزلة وصفه وما يصلح صفـة لا علة يصلح مرجحاً لها كعدالة الشاهد . وأراد بقوله والبقعة واحـدة أن الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع لا حـق لثالث فيه ، وذلك فى حـكم شيء واحد . فإذا صار أحق بالبعض يكون أحق بالجميع .

(ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حق تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخـاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن) قال عبد الواحد أراد السفن الصغيرة مثـل الزورق ، حق لو كان نهراً كبيراً يجري فيه الزورق فالجـار أحق ، لأن هؤلاء ليس شـركاء فى الشرب ، وذكـره فى المبسوط . وفى الذخيرة النهر الكبير من يشرب منه لا يحصون . واختلفوا فى حد ما لا يحصى وما يحصى ، قيل ما لا يحصى خمسمائة ، وقيل أربعون ، وقيل مائة ، وقيل أصح ما قيل انه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآه كان كبيراً وإلا كان صغيراً (وما يجري فيه عام) أي والذي يجري فيه السفن (فهو عام وهذا عند أبيحنيفةومحمد) .

(وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهراً يسقى منـه قراحان [1] أو ثلاثة) أي أو

---

(١) قوله : قراحان ... الخ ، القراح من الارض قطعـة على حيالها ليس فيها شجـر ولا بناء . وفي الذخيرة وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وإلا فهو صغير ، لكن اختلفوا بعد هذا في حـد ما لا يحصى وما يحصى ، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم بمائة ، وبعضهم بأربعين ، وبعض مشايخنا قالوا صح ما قيل فيه إنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآه كثيراً كانوا كثيراً ، وإن رآه قليلاً كانوا قليلاً .

أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة

يسقى منه ثلاثة أوجه ، والقراح في الارض كل قطعة ليس فيها شجر ولا بناء . وقال الأترازي القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء ، والماء القراح الذي لا يخالطه شيء ، كذا في تهذيب الديوان ، انتهى . قلت قد فرق بينهما بالضم في الأول والفتح في الثاني . وفي باب العباب القراح المزرعة التي ليس فيها بناء ولا عليها شجر .

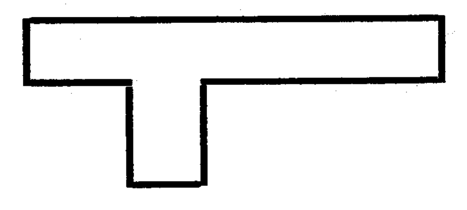
وقال الكرخي في مختصره وقال هشام عن أبي يوسف في الساقية الصغيرة تسقي البستانين أو الثلاثة أو تسقي قطعتين أو ثلاثة أو نحو ذلك فصاحب الأرض والبستان له الشرب في الساقية أحق مما بيع من الجار الذي له شرب في الساقية . فان ترك صاحب أحق مما بيع من الجار الذي له شرب في الساقية ، فان ترك صاحب الساقية شفعة فللجار أن يطلب الشفعة . وقال أبو يوسف ليس في الأرض التي شربها من العظم شفعة إذا لم يجعل أبو يوسف العظم مثل الساقية بين القوم . ثم قال الكرخي فيه وقال هشام سألت محمداً عن النهر الذي يجري فيه السفن أيكون للذي لهم النهر الشفعة فيما بيع من ذلك النهر ، قال نعم ، قال محمد ولكن ليس لهم الشفعة بهذا النهر في الأرضين التي شربها من هذا النهر ، هذا بمنزلة الطريق النافذ قال وأما ما لا يجري فيه السفن فانه بمنزلة الطريق غير النافذ فهم شفعاء بالأنهار في الأرضين التي شربها في النهر ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، انتهى لفظه .

وقال القدوري في شرحه أجرى محمد الحكم على جريان السفن ، لأن ما تجري فيه السفن في حكم العظم فهو كالدجلة والفرات ، وما لا يجري فيه السفن في حكم الصغير فهو كالزقاق الذي لا ينفذ . وقال الإمام الاسبيجابي وفي شرح الطحاوي لو أن نهراً يسقى منه أراضي معدودة و كروم معدودة فيبعث أرض من ذلك أو كرم منها فهم شفعاء فيها ، لأنهم كلهم خلطاؤه فيها ، وكان النهر عاماً كأن الشفعة للجار الملاصق .

(وما زاد على ذلك) أى على قراحين أو ثلاثة أقرحة (فهو عام) إذا كان عاماً لا يكون مستحقاً للشفعة فيه بالشركة (فان كانت سكة) أى زقاق (غير نافذة)

ينشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهـل العليا وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين ، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي . ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق

بالرفع لأنها صفة السكة وليست بخبر لكانت ، لأن كانت هنا تامة فلا تحتاج إلى خبر ، لأن المعنى فان وجدت سكة غير نافذة ، وإنما ذكرها بالفاء تفريعاً على مسألة القدوري (ينشعب منها سكة عليها أخرى غير نافذة وهي مستطيلة) أى والحال أنهـا مستطيلة هذه صورتها :



(فبيعت دار في السفلى) أى في المنشعبة (فلأهلها) أى لأهل المنشعبة (الشفعة دون أهل الأعلى) ، وفي أكثر النسخ وقدر أهل العليا وهو الأصح لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور ، ولهذا ليس لهم أن يفتحوا باباً منهـا سفلي فكانت كالمملوكة لأهلها . بخلاف الواحدة إذا بيعت داراً في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في حق الأقصى ، لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق واحد فيها فللكل فيها شركة من الأول إلى الآخـر ، إلا أن الشركة لأهـل السفلى أكثر ، والترجيح لا يقـع بالكثرة على ما عرف .

(وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين) أى وإن بيعت دار في السكة العليا فالشفعة لأهل السكتين جميعاً ، لأن لأهل السفلى لهم حق المرور فيها (والمعنى ما ذكـر في كتاب أدب القاضي) وهو أن حق المرور لأهل السفلى خاصة في الصورة الأولى ، وفي الثانية لأهل السكتين جميعاً ، فكانوا سواء فى الشفعة .

(ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق) يعني لو بيع

فيما بيناه . قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ، ولكنه شفيع جوار لأن العلة هي الشركة في العقار ، وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار لأنه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار

أرض متصلة بالنهر الأصغر فالشفعة لأهله لا لأهل الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة . قال القدوري فى شرح الكرخي إذا نزع منه نهر فبيعت أرض شربها من النهر النازع فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من اهل النهر الكبير ، لأنهم يختصون بشرب النهر النازع ، فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير . فان بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع سواء فى الشفعة، لانهم سواء فى استحقاق الشرب بالشركة فى عمود النهر (فيما بينا) أى من استحقاق فى الشفعة .

(قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ، ولكن شفيع جوار) أى قال المصنف قال الكرخي فى مختصره قال هشام سألت محمداً عن حائط بين دارين عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الاخرى فبيعت أحد الدارين فجاء صاحب الحائط يدعي الشفعة ، وجار الجار يدعيها ولا يعلم أن الحائط بينهما لك بالخشب الذي قال محمد إسأل المدعي الشفعة البينة أن الحائط بينهما . وإن أقام بينة فهو أحق من الجار لانه شريك وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً ، انتهى . وذلك لان استحقاق الحائط بالخشب ظاهر فى الملك والشفعة لا تستحق بالظاهر .

(لان العلة هي الشركة فى العقار) أى لان علة استحقاق الشفعة هي الإشتراك فى العقار (وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً فى الدار لانه جار ملازق) اي موضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً فى الدار وهو ظاهر ، ولكنه يكون جاراً ملاصقاً يستحق الشفعة بعد الشريك فى الرقبة .

(قال والشريك فى الخشبة يكون على حائط الدار جار) والشريك مبتدأ وجار

لما بينا . قال وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ، ولا يعتبر اختلاف الأملاك . وقال الشافعي « رح » هي على مقادير الأنصباء

خبره ، وقوله يكون على حائط الدار صفة للخشبة ، اي قال في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة انه قال الشريك في الطريق أحق بالشفعة من الجار ، فأما الشريك بالخشب يكون له على حائط الرجل ، فإنما هو جاره ، انتهى . وذلك لانه لا يكون بوضع الخشب شريكاً في شيء من الدار ، وإنما له حق الشغل فكان جاراً ملازقاً ، فكان مؤخراً عن الشريك . وقال الكاكي وتأويله إذا كان وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئاً من رقبة الحائط لأنه إذا كان هكذا يكون جاراً لا شريكاً (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار .

(وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة [1] بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) أي قال القدوري (وقال الشافعي هي) أي الشفعة (على مقادير الانصباء) وهو قول منه . وفي شرح الوجيز وهو الاصح وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه . وقال

---

(١) قوله : أي يجب الشفعة للخليط ويقسم على عدد الرؤوس إذا كانوا أكثر من واحد لا بقدر الملك ، لانهم استووا في سبب الإستحقاق لوجود علته استحقاق الكل في حق كل واحد منهم . ولهذا لو تفرد واحداً أخذ الكل الإستواء في الحكم ولا يرجح بكثرة العلل بل لقوة فيها . وقال الشافعي « رح » يجب بقدر الملك حتى لو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فالشريكان لو أخذاه بالشفعة يقتسمانه أثلاثاً ثلث لصاحب السدس والثلثان لصاحب الثلث . ولو باع صاحب الثلث يقتسمه الشريكان الباقيان أرباعاً ربع لصاحب السدس وثلاثة الأرباع لصاحب النصف . ولو باع صاحب السدس سدسه اقتسمه الشريكان الباقيان أخماساً ، خمسه لصاحب الثلث وثلاثة أخماسه لصاحب النصف عنده ، وعندنا يقتسمان في الكل نصفين ، كذا في الولوالجية أخذاً من البيانية .

لأن الشفعة من مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكميل المنفعة فأشبه الربح والغلة والولد والولد والثمرة .

الشافعي في قول وأحمد في رواية الشفعة على عدد الرؤوس كقولنا ، واختاره المزني وابن عقيل من اصحاب أحمد ، وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة، صورتها دار بين الثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى القاضي بها بينهما نصفين عندنا ، وعند الشافعي قضى بها ثلاثاً ، ثلثاها لصاحب الثلث ، وثلثها لصاحب السدس على مقادير أنصبائهما .

ولو أن داراً بيعت ولها شفيعان جاران جوار أحدهما الثلاثة أرباع الدار وجوار الآخر لربعها وجوار أحدهما في قدر شبر من الدار وطلبا جميعاً الشفعة يقضي بينهما نصفين ، وعند الشافعي لا تجب الشفعة للجار . ولو حضر واحد من الشفعاء أولاً وأثبت شفعته فإن القاضي يقضي له جميع الدار بالشفعة ،ثم إذا حضر شفيع آخر وأثبت شفعته فإنه ينظر إن كان الثاني شفيعاً مثل الاول قضى له بنصف الدار ، فإن كان الثاني أولى من الاول بأن كان الاول جار وهذا خليط فإن القاضي يبطل شفعة الاول ويقضي بجميع الثاني . وإن كان الثاني دون الاول في الشفعة فإن القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة ، وكذلك حكم الشراء . ولو أن رجلاً اشترى داراً وهو شفيعها ثم جاء شفيع مثله قضى القاضي له بنصفها ، وإن جاء شفيع آخر أول منه فإن القاضي يقضي له بجميع الدار فإن كان شفيع دونه فلا شفعة له ، الكل لفظ شرح الطحاوي .

(لأن الشفعة من مرافق الملك) أي فوائده ، لأنه يستفاد به فيكون على قدر الملك (ألا يرى أنها لتكميل المنفعة) أي لأن الشفعة لتكميل منفعة الملك (فأشبه الربح) يعني أن الشريكين إذا اشتريا شيئاً ولم يشترطا شيئاً ،وقال أحدهما خمسة ، وقال الآخر عشرة فحصل الربح كان الربح بينهما أثلاثا الثلث لصاحب الخمسة والثلثان لصاحب العشرة لأن الربح فرع المال وماالها كذلك (والغلة) أي وأشبه غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً (والولد والثمرة) أي وأشبه الولد من الجارية المشتركة أو البهيمة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم . وكذلك ثمرة النخل المشترك .

ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة، وهذا آية كمال السبب ، وكثرة الاتصال

ويشكل على هذا ثلاثه مسائل ، إحداها . كما لو أعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك بين ثلاثة على التفاوت فالمعتقان إذا كانا موسرين يقومان مقام الثالث بالسوية .

والثانية : لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه فالأخ والعم في الشفعة سواء مع تفاوت حصصهما .

والثالث : إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ ورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوه على العدد ، وامرأته وابنه في ذلك سواء . وبهذه المسائل رجح المزني القول الثاني وهو قولنا .

فأجابوا عن مسألة العتق بأنه على القولين ، وسلم انه قول أحمد فالفرق أن ذلك ضمان إتلاف لا فائدة ملك ، حتى يتقدر بقدره وفيه ضعف . وعن الثانية أن للشافعي « رح » قولين في القديم وبه قال مالك الأخ مختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ ، وفي الجد وهو قول أبي حنيفة وأحمد والمزني أن العم والأخ يشتركان نظراً إلى الملك لا إلى سبب الملك . وعن الثالثة أن فيها قولين وعلى قول الاستواء أن أصل الإستحقاق باعتبار الإرث ، وفي هذا لا يختلف ، كذا في شرح الوجيز ، وفي الكل ضعف كما ترى

(ولنا أنهم استووا في سبب الإستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الإسنحقاق) أراد أن الوجود من يسبب في حق كل واحد منهم مثل الوجود في حق الآخر في اقتضاء الإستحقاق، ألاترى أن صاحب الكبير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل كما لصاحب الكبير لو باع صاحب القليل ، وهذه آية كمال السبب ، فعلم أن علة الإستحقاق أصل الملك لا قدره .

(ألا يرى أنه) توضيح لما قبله أن الشأن (لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ، وهذا آية كمال السبب) أي علامة كمال السبب في حق كل واحد منهم (وكثرة الاتصال

تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلة

تؤذن بكثرة العلة) هذا جواب عما يقال الإتصال سبب الإستحقاق ، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأنى يتساويان . أجاب بقوله وكثرة الإتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الإتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الإتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع (والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته) أي بكثرة الدليل كما في الشاهدين وعشرة شهود ، وجراحة واحدة وعشر جراحات ، ولهذا تتنصف الدية بين من جرح جراحة واحدة وبين من جرح أكثر (ولا قوة هنا لظهور الأخرى بمقابله) أي لم تظهر الأخرى بمقابلته ، أي لم يظهر الترجيح في مسألتنا ، إذ لو ظهر لكان المرجوح مدفوعاً بالراجح وهاهنا لا يبطل حق صاحب القليل ، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه وهو معنى قوله الظهور الأخرى بمقابلة تحريره أن صاحب القليل لو كان مرجوحاً في مقابلة حق صاحب الكثير لكان لا يظهر حق صاحب القليل في مقابلة حق صاحب الكثير ، لأن المرجوح مدفوع بالراجح وبه ظهر علم عدم الرجحان .

فإن قال الشافعي لا يلزمني ذلك الجواز أن تكون العلة الواحدة مبنية لكمال الحكم ، ولكن عند الإنضمام مع الأخرى يثبت استحقاق أحدهما أكثر مما يثبت عند الانفراد كما في الرجالة في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون كل الغنيمة ، وكذا الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضاً ، وعند الإجتماع يقسم على التفاوت . وكذا لو مات وترك بنتاً وأختاً فللبنت النصف والباقي للأخت أو للأخ بحق العصوبة ، أما لو ترك بنتاً وأختاً كان النصف بينهما أثلاثاً ، فكذا ها هنا . وكذا لو كان الحائط المائل مشتركاً بين اثنين أثلاثاً وأشهد عليهما ثم سقط وأصاب مالاً أو نفساً فالضمان بينهما أثلاثاً بقدر الملك ، فيجب أن يكون في الشفعة كذلك .

قلنا تفضيل الفارس بينته شرعاً ، بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يصلح علة الإستحقاق فيصلح مرجحاً . أما في مسألتنا ملك كل جزء علة تامة للاستحقاق فلا تصلح مرجحاً .

وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمرة وأشباهها . ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم،

وأما مسألة الميراث فليست نظيرها ، لان نصيبه الأخ وللأخت عند الإنضمام باعتبار أن الشرع جعل عصوبة الأنثى بالذكر علة الاستحقاق نصف ما للذكر ولتفاوتهما في نفس العلة ، لأن العلة مرجحة بعلة أخرى إذ العصوبة بالأخ غير العصوبة بالبنت ، فإذا جاءت العصوبة بالأخ زالت العصوبة بالبنت ، والعصوبة بالأخ متفاوتة شرعاً ، فلم يكن من قبل ترجيح العلة بالعلة .

وأما مسألة الحائط فقلنا إن مات بخرج الحائط فالضمان عليهما نصفان لاستوائهما في العلة ، وإن مات بنقل الحائط . قلنا فالضمان عليهما أثلاثاً ، لأن التساوي في العلة لم يوجد إذ نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ، فكان هذا راجعاً إلى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة والشفعة ليست من ثمرات الملك .

(وتملك ملك غيره) هذا جواب عما قاله الشافعي أن الشفعة من مرافق الملك، تقريره أن يقال أن التمكن من التملك (لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه) كالاب ، فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا بعد ذلك من ثمرات ملكه (بخلاف الثمرة وأشباهها) وأنها من ثمرات الملك ، لانها تحصل بلا اختيار ، بخلاف الشفعة فإنها باختياره .

(ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري «رح» هذا عندنا ، وعند الثلاثة على قدر ملكهم . ولو أراد أن يأخذ حصته دون حصة العافي ليس له ذلك بالإجماع ، لان في ذلك تفريق الصفقة والإضرار بالمشتري في تبعيض الملك عليه، وهذا الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لاحدهما ثم سلم أحدهما نصيبه لم يجز للآخر أن يأخذ الجميع ، لانه لما قضى بالدار بينهما بالشفعة صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطل حق شفعته فيما قضى لصاحبه ضرورة ، وهكذا إذا قضى للخليط ثم سلم الشفعة لم يكن للشريك في المرافق أن يأخذ بالشفعة لبطلان حقه الضعيف بالقضاء . وكذا لو قضى للشريك في المرافق ثم سلم لم يكن للجار أن يأخذ لما ذكرنا ، ذكره في المبسوط .

لأن الانتقاض للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت . ولو كان البعض غيباً يقضي بها بين الحضور على عددهم، لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فيثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية ، فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا

(لان الانتقاض للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت) أي المزاحمة بالتسليم فبقي حقه في الجميع كالغرماء إذا تحاصوا من التركة فأسقط بعضهم حقه سلمت التركة للباقين ، وهذا كالقاتل لاثنين إذا عفى ولي أحدهما فللآخر القصاص ، لان حقه ثبت في الجميع ، فإذا أبرأ الآخر فكأنه لم يكن وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأ فعفى ولي الآخر يبقى حقه في نصف العبد ، ويقال للمولى إما أن يدفع إليه نصف العبد أو الفدية ، لان جناية الخطأ مال ، فإذا تعلقت الجنايتان بالرقبة تضايفت فيها فثبت لكل واحد منهما النصف ، فإذا سلم الآخر المال بعد حق الباقي وليس كذلك الشفعة لانها حق ليس بمال فهي بدم العبد أشبه .

(ولو كان البعض غيباً) بفتح الغين والياء جمع غائب . وفي العباب وجمع الغائب غيب وغياب بضم الغين وتشديد الباء ، وغيب بالتحريك . وإنما تثبت فيه البائع للتحريك لانه أشبه بصيد وإن كان جمعاً ، وصيد مصدر قولك بعيراً صيد لانه يجوز أن يسوى به المصدر (يقضي بها) أي بالشفعة (بين الحضور) أي بين الحاضرين وهو جمع حاضر كالركوع جمع راكع (على عددهم ، لان الغائب لعله لا يطلب) يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك .

(فإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف) بأن كان للدار شفيعان فحضر أحدهما حكم له بجميعها ، فإن حضر الشفيع الآخر أخذ منه نصف الدار (وإن جاء ثالث) أي شفيع ثالث (فيثلث ما في يد كل واحد من الاثنين تحقيقاً للتسوية) لأن الدار بينهم أثلاث على عددهم (فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا

النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ، ومعناه بعده لا أنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال

النصف ، لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف) لان الغائب صار مقضياً عليه في النصف ، فلو أخذ الكل يصير مقضياً له في ذلك النصف (بخلاف ما قبل القضاء) حيث يأخذ الكل بعدما حضر لانه لم يصر مقضياً عليه .

فإن قلت القاضي لما قضى بالشفعة للحاضر ثبت له الملك من المشتري ، فإذا سلم يكون بمنزلة الإقالة وفيها الشفعة فيأخذ الغائب النصف بالبيع الاول والنصف الآخر بهذا التسليم . قلت البيع الذي جرى بين البائع والمشتري لم ينفسخ أصلاً وإنما الفسخ في حق الإضافة إلى المشتري ، فاذا سلم عاد إلى المشتري القديم ملك الارتفاع المانع ، فكانت القضية واحدة والغائب صار مقضياً عليه في هذه القضية فلا يصير مقضياً له بعد ذلك فيها .

وفي المبسوط والذخيرة شفيعان أحدهما حاضر والآخر غائب وقضى الحاضر بكل الدار فللغائب أن يأخذ نصفه . ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه للآخر لم يصح الجعل وسقط حقه وقسمه على عدد من بقي . وإن قال الذي قضى له بالشفعة للآخر أنا أسلم لك الكل فأما أن يأخذ الكل أو يدع ، فليس له ذلك ، وللثاني أن يأخذ النصف . ولو كان الحاضر لم يأخذها بالشفعة ولكن اشتراها من المشتري فحضر الغائب إن شاء أخذها كلها بالبيع الاول أو بالبيع الثاني ، لان الحاضر أسقط حقه بالإقدام على الشراء وخرج من الدين ، ولو كان المشتري الاول شفيعاً أيضاً فاشتراها شفيع حاضر أيضاً معه فحضر الغائب إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الاول ، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال والشفعة تجب بعقد البيع) أي قال القدوري (ومعناه بعد،لا أنه هو السبب، لان سببها الاتصال) أي معنى قول القدوري يجب بعقد البيع بعد أى بعد البيع ، لان البيع هو السبب للشفعة ، لان سبب الشفعة إتصال الاملاك . وقال السفناقي هذا التأويل

على ما بيناه ، والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ، ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه .

والتعليل مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرها لما انه صرح بأن سبب وجوبها البيع والشراء وفساد تأويل الكتاب ظاهر ، لما أن سبب ثبوتها لو كان الاتصال ينتفي . أما لو سلم الشفعة وفسد قبل البيع يبطل شفعته ولم يبطل بالإجماع . وأجيب بأن هذا لا يلزم على المصنف ، لانه قال يثبت بعد فيكون البيع شرطاً والشرط يمنع السبب عندنا عن الاتصال بالمحل ، فتسليم الشفعة قبل العقد ككفارة اليمين قبل الحنث فلا يجوز لأن العقد شرط .

ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحلول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد (على ما بيناه) يعني قولهم ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الإتصال.

(والوجه فيه) أي في هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عنه . والحاصل أن الإتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه وإن كذبه المشتري وهو معنى قوله (ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) .

قال القدوري في شرح مختصر الكرخي الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك ، وحيث الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ، ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة ، انتهى .

فإن قلت ينتقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت

قال وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه،

وليس للشفيع شفعة. قلت في ذلك يرد دليل خيار البائع، بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية لقبوله به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك، لأن عرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع عنه فلا ينقطع حقه بالكلية.

(قال وتستقر بالإشهاد) أي قال القدوري أن الشفعة تستقر بالإشهاد (ولا بد من طلب المواثبة) وهو طلب الشفعة على السرعة، وإنما أضاف الطلب إلى المواثبة لتلبسها بها (لأنه حق ضعيف) أي لأن الشفعة، ذكر الضمير بالنظر إلى تذكير الخبر (يبطل بالإعراض) قال ﷺ الشفعة كحل العقال أي قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط، فكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على الإعراض عنه أو دام عليه، والإشهاد والطلب يدلان على ذلك، فإذا كان كذلك (فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه) أي الطلب، قال في شرح الطحاوي الطلب طلبان طلب مواثبة وطلب استحقاق. أما طلب المواثبة فعند سماع البيع من غير سكوت، ويشهد على طلبه شهوداً ثم لا يمكث حتى يذهب إلى المشتري أو إلى البائع إن كانت الدار في يده أو إلى الدار المبيعة.

وإن كانت الدار في يد المشتري إن شاء أشهد على المشتري بطلب الشفعة، وإن شاء شهد عند الدار. ولو طلب من البائع بطلت شفعته ويطلب عند واحد من هؤلاء طلباً آخر وهو طلب الإستحقاق ويشهد عليه شهوداً، فإذا ثبت الشفيع شفعة بطلبين وأبى المشتري أن يسلمها إليه فهو على شفعته بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية. وروي عن محمد ابن الحسن أنه قال إذا مضى شهر لم يطلب مرة أخرى بطلت شفعته وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف. وروي عنه في رواية أخرى له أن يطالب في كل مجلس من مجالس القاضي فإن ترك مجلساً من مجالس القاضي بطلت شفعته.

ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد.
قال وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم، لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة، وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة

(ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد) هذا دليل ثان على وجوب الإشهاد وهو ظاهر.

(قال وتملك بالأخذ) أي قال القدوري أي تملك الشفعة بأخذ الدار المشفوعة (إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم، لأن الملك للمشتري قد تم) التحقق سبب الملك وهو الشرط القاطع (فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي) لأن تملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه، إلا أن الشرع جعل للشفيع حق التملك والمقاضاة، ولأنه عامة فاذا قضى بالشفعة وأخذه الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار الأبعد قبل تسليم المشترى إليه أو قضاء القاضي، حتى أن المبيع لو كان كرماً فأكل المشتري ثمان سنين فانه لا يجوز مضموناً عليه ولا يطرح عن الشفيع شيء من الثمن لما أكل من ثماره إذا كانت الثمار حرثت بعدما قبض المشترى الكرم، وكذا في شرح الطحاوي (كما في الرجوع في الهبة) أى كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي وقضاء القاضي، لأن الموهوب دخل في ملك الموهوب له فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي لما ذكرنا آنفاً.

(وتظهر فائدة هذا) أى فائدة قوله ويملك بالأخذ (فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين) أى طلب المواثبة وطلب التقرير، ويسمى طلب التقرير طلب الإشهاد أيضاً (أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم) المشتري، وهذا يرجع إلى الصور الثلاث، وهي صورة الموت والتبعين والشفعين (لا تورث عنه في الصورة الأولى) وهي ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ.

الأولى ، وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لايجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم بالصواب .

(وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة) أي في الصورة الثانية وهي ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة قبل أخذ الدار المشفوعة ، لأن سبب الشفعة إتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة بتسليم المخاصم ، وهو المشتري أو بقضاء القاضي (لانعدام الملك له) يعني لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها .

(ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري (بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال) قال في شرح الطحاوي والشفعة فيما إذا ملكت بعوض هو عين مال، فأما إذا ملكت بغير عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها ، وكذا لو ملك بعوض أي بغير مال ، كما إذا جعله مهراً في النكاح أو بدل في الخلع أو صولح من دم عمد فلا شفعة فيه . ولو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داراً من امرأته بذلك المهر أو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داره بمهر المثل وجبت فيه الشفعة .

ولو تزوجها على الدار تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهراً فلا شفعة فيها. ولو صالح على الدار من الجناية التي يوجب الإرش بعد القصاص تجب فيها الشفعة بالإرش . ولو جعلها أجرة في الإجارات لا شفعة فيها ، لأن بدلها ليس بعين مال (على مانبينه إن شاء الله تعالى) أي في باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب .

* * *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة .
إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم ،
حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ،

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

أى هذا باب في بيان طلب الشفعة والخصومة في الشفعة ، ولما لم يثبت الشفعة بدون الطلب والخصومة فيها شرع في بيانه وكيفيته .

(قال إذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أى قال القدورى وأراد بالمطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه في المجلس ليس بشرط ، والشرط هو نفس الطلب ، وإنما يشهد فيه لأنه لا يصدق على الطلب إلا ببينته ،فان لم يكن يحضره من يشهده قال أنا مطالب بالشفعة ثم ينهض إلى من يشهد ، وإنما يفعل ذلك حتى لا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

(إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة) أى أحدها طلب المواثبة (وهو أن يطلبها كما علم) أي على الفور ، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن فى كتاب الأجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغة البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره المشهود أو لم يحضره . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يكلم بالطلب إذا لم يكن بحضرته أحد . وفي شرح الأقطع يطلبها كما علم وإن لم يكن عنده أحد لئلا يسقط حقه ديانة . وفي المبسوط لكي يتمكن من الحلف إذا حلفه المشترى (حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته بطلت شفعته لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالاعراض .

ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها . ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته ، وعلى هذا عامة المشايخ ،

(ولقوله ﷺ الشفعة لمن واثبها) هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح رضي الله عنه ، وكذا ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث في باب كلام البائعين . ولو ذكر عوض هذا ما رواه ابن ماجة عن محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال الشفعة كحل العقال . لكان أحسن وأصوب ورواه البزار في مسنده ومن طريق البزار رواه ابن حزم في المحلى وزاد فيه ومن مثل بعبده فهو حر وهو مولى الله ورسوله والناس على شروطهم ما وافق الحق .

ورواه ابن عدي بلفظ ابن ماجة وضعف محمد بن الحارث عن البخارى والنسائي وابن معين . وقال ابن القطان واعلم أن محمداً بن الحارث هذا ضعيف جداً وهو أسوأ حالاً من ابن البيلماني وأبيه قال فيه العلاء متروك الحديث . وقال ابن معين ليس بشيء ولم أر فيه أحسن من قول البزار فيه رجل مشهور ليس به بأس ، وإنما أعله بمحمد بن عبد الرحمن ابن البيلماني (١) . قوله لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهو من الوثوب على الاستعارة ، لأن من وثب بسرع في طي الأرض بمشيه .

(ولو أخبر بكتاب) أى ولو أخبر الشفيع بكتاب أن الدار التي لك فيها شفعة قد بيعت (والشفعة في أوله أو وسطه) أى وذكر الشفعة في أول الكتاب أو فى وسطه (فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته) لأنه دليل الاعراض (وعلى هذا عامة المشايخ) أي على أن طلب الشفعة على الفور عامة المشايخ وقال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضى وهو ترك الشفعة . قال القدوري وهذا يدل

---

(١) إنما تكرر وروده في الأصل باسم السلماني والتلمساني ، وتصحيحه من كتاب نصب الراية - اه مصححه .

وهو رواية عن محمد « رح » ، وعنه أن له مجلس العلم ، والروايتان في النوادر ، وبالثانية أخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التمليك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة .

على أنه للفور .ثم قال الكرخي وقال هاشم عن محمد في نوادره إذا بلغه فسكت ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته .

قال القدوري وهذا بقيد المجلس . وقال ابن أبي ليلى إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته . وقال الشعبي إن تركها يوماً بطلت . وقال شريك لا يبطل أبداً حتى يبطلها بقوله . وفي شرح الأقطع وللشافعي أربعة أقوال أحدها أنها على الفور والآخر ثلاثة أيام والآخر على التأبيد ، إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع بالأخذ والإسقاط . والرابع أنها على التأبيد ، وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشيء .

وفي مغني الحنابلة لو علم البيع فسكت لا يبطل شفعته حتى يعلم المشتري ثم يترك هذا الطلب تبطل شفعته عندنا والشافعي في الجديد وأحمد على المنقوص عنه وابن شبرمة والأوزاعي . وعن أحمد في رواية الشفعة على التراضي فلم تسقط ما لم يؤخذ منه دليل على الرضاء بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمه ، وهو قول مالك والشافعي في قول ، وابن أبي ليلى والثوري ،إلا أن مالكاً قال ينقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ،وعنه بمضي أربعة أشهر . ولو أحدث فيه عمارة من غراس وبناء فله قيمته وقدرأى ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي .

(وهو رواية عن محمد) أي قول عامة المشايخ بأنه على الفور رواية عن محمد « رح » ، وفي المحيط وهي رواية مشهورة صحيحة وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في المنصوص (وعنه أن له مجلس العلم) أي وعن محمد «رح» أن للشفيع مجلس العلم إن طلبه في ذلك المجلس فله الشفعة وإن لم يطلب (والروايتان في النوادر) أي الروايتان المذكورتان عن محمد مذكورتان في نوادر محمد .

(وبالثانية أخذ الكرخي) أي بالرواية الثانية أخذ الشيخ أبو الحسن الكرخي (لأنه لما ثبت له خيار التمليك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة) قال الكرخي في مختصره

ولو قال بعدما بلغه البيع الحمـــد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله .
وقال سبحان الله لا تبطل شفعته ، لان الاول حمد على الخلاص من جواره ، والثاني تعجب منه لقصد اضراره . والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض ، وكذا إذا قال من ابتاعهـــا وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، والمراد بقوله في الكتاب

بعدما ذكر فيه روايات الأصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافاً في رواية ولا معنى ، لأن هذه العبارات إنما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخياً عن الحال تراخياً يـدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها، وهو عندى على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك بيدك ، وكخيار المشتري إذا أوجب له البائع البيـع قال قد بعتك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه مـا يستدل به على الإعراض عن الجواب والترك له .

(ولو قال بعدما بلغه البيـع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لأن الأول حمد على الخلاص من جواره . والثاني تعجب منه لقصد إضراره . والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض) ذكر هذا تفريعـــاً على مسألة القدوري . قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمداً عن رجـل قيل له إن فلاناً باع داره وهو شفيعها وهي صاحبه فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتهـا أو لقى صاحبها الذي يدعي الشفعة قبله قيدا بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين أخبر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد في هذا كله على شفعته . وقال في النوادر سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع إذا سلم على المشتري قال تبطل شفعته .

(وكذا إذا قال) أي الشفيـع (من ابتاعها) أي من اشترى الدار (وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض) فكان التعرف عن هذا تحقيقاً للطلب لا إعراضاً ، لأن كل ذلك من أسباب الشفعة فلا يسقطها (والمراد بقوله في

أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد . والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي . ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو طلبها أو أنا طالبها ، لان الاعتبار للمعنى .

الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة) أي في مختصر القدوري (والاشهادفيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) أى في طلب المواثبة لأنه ليس لاثبات الحق ، وإنما هو ليعلم أنه غير معرض عنها حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه أنه طلبها كما سمع .

فإن قلت هذا تناقض قوله يجب عليه أن يشهد . قلت لا لأن المراد من الأول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وإنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة حتى لو لم يطلب لا يجب طلب المواثبة . وفي الذخيرة وإنما ذكر أصحابنا الاشهاد عند الطلب لا لأنه شرط بعد هذا الطلب بل لاعتبار ثمرته على المشتري عند إنكاره الطلب كما قالوا إذا وهب الأب لابنه الصغير وأشهد على ذلك فما ذكروا الاشهاد لصحة الهبة ، بل لاثباتها عند إنكار الأب ، وكما ذكروا الاشهاد في الحائط المائل على طريق الاحتياط لا لأنه شرط صحة التفريغ .

(والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي) أى بتقييد القدورى بقوله أشهد في مجلسه ذلك إشارة إلى ما اختاره الكرخي من روايتي محمد وهي أن له مجلس العلم (ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها ، لأن الاعتبار للمعنى) أن في العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل ، حتى قال الفضلى إذا سمع الرستا في بيع أرض يجنب أرض وقال شفعته كان ذلك منهم طلباً ، كذا في الذخيرة . وفي المغني قيل لو قال طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته ، لأن كلامه وقع كذباً في الابتداء فصار كالسكوت . والصحيح أنه طلب ولا يبطل به الشفعة لأنها كالانشاء عرفاً كما في بعت واشتريت .

وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة « رح » .

وفي المحيط ولو قال طلبت الشفعة وأطلبها بطلت شفعته ، وكذا لو قال الشفعة لي أطلبها فبطل . ولو قال للمشترى أنا شفيعك وآخذ الدار منك شفعة تبطل شفعته ولو كان المشتري واقفاً مع ابنه فسلم قبل الطلب إن سلم على الأب تبطل ، وإن سلم على الابن لا . ولو قال للمشتري بالفارسية شفعته خواهم بطلت . ولو قال للمشتري بارك الله في صفقتك أو ادعى له بالمفقود بعد السلام عليه قبل الطلب تبطل شفعته . وقال الشافعي لا تبطل .

وفي فتاوى قاضي خان لو أدركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعة ، فلو قدمت أحدهما بطل الآخر فالحيلة أن يقول طلبت حقي في الشفعة والخيار في العيون قال هشام سألت محمداً عن رجل حين طلب الشفعة أنا أطلبها ولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعته . وقال الناطفي «رح» في الأجناس قال في الهاروني إذا قال الشفيع أشهدكم على شفعتي كان ذلك منه طلباً وله الشفعة . وفي نوادر أبو يوسف قال علي بن الجعد لو قال الشفيع لي فيها شفعة وأنا أطلبها كان طلباً صحيحاً وله الشفعة . ولو قال لي فيما اشتريت شفعة لا يكون طلباً وبطلت شفعته لأنه أخبر بما له من الحق ولم يبطله . وقال محمد في نوادر هشام قول الشفيع قد ادعيت شفعتها طلب صحيح .

وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيع يقول طلبت الشفعة فحسب . وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه يقول لا يراعي ألفاظ الطلب فإذا طلبها بأي لفظ كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها فقد كفى ، لأن محمداً لم يشترط في كتابه مراعاة اللفظ .

(وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية والمسطور كالعدل عند أبي حنيفة وزفر وأحمد «رح» في رواية ، وهذا تفسير العلم الذي ذكر في أول الباب بقوله وإذا علم الشفيع بالبيع أي إذا علم بأن أخبره رجلان أو رجل وامرأتان .

وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبياً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً . وأصل الإختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهـــذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده لانـــه ليس فيه إلزام حكم . وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لانه خصم فيه ، والعدالة غير معتبرة في الخصوم ، والثاني

(وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً ، صبياً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً) أو به قال الشافعي «رح» في قول وأحمد «رح» في رواية ، وبهـــذا الخلاف فيها إذا لم يصدق الشفيـــع المخبر ، أمـــا لو صدقه فسكت تبطل شفعته بخبر كل مخبر مميز .

(وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله) أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي (وأخواته فيما تقدم) أراد بها المولى إذا أخبر بجناية عبد فأعتقه والبكر إذا سكتت بعدما أخبرت بإنكاح الولي والذى أسلم ولم يهـــاجر إلينا فأخبر بالشرائع ففي كل ذلك يشترط في المخبر العـــدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

(وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت) بأن زوجها خيرها تصير مخيرة (عنده) أي عند أبي حنيفة وإن كان المخبر فرداً مميزاً (لأنه ليس فيه إلزام حكم) أي في إخبار المخيرة بل هو آنفاً ما كان على ما كان ، لأن النكاح لازم قبل هـــذا ، وفي حق الشفيـــع يلزمه ضرر سواء بالجوار ، حتى لو اختارت نفسها في مجلس الخيرة باخبار مخبر مميز يقع الطلاق وإلا فلا ، ولا يشترط في المخبر أحد شطري الشهادة لما ذكره .

(وبخلاف ما إذا أخبره المشتري) يعني أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري وقال اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد أو العدالة ، حتى إذا سكت الشفيع عند الإخبار ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته (لأنه خصم فيه) أي لأن المشتري خصم للشفيـــع في حق الشفعة (والعدالة غير معتبرة في الخصوم) لعدم فائدة اشتراطها (والثاني

طلب التقرير والإشهاد لانه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة ، لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته

طلب التقرير والإشهاد ، لانه محتاج إليه لإثباته عند القاضي كما ذكرنا) وهو قوله إنما هو نفي لتجاهه (ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة ، لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير) أي طلب المواثبة لانه ينكر على المشتري طلب الشفيع ، حتى لو سمع الشفيع عند حضرة أحد من البائع والمشتري أو عند الدار ووجد عنده طلب المواثبة وأشهد على ذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ، كذا في الفتاوى الظهيرية .

(وبيانه) أي بيان هذا الطلب (ما قال في الكتاب) أي ما قال القدوري في مختصره بقوله (ثم ينهض منه يعني من المجلس) يعني يقوم الشفيع مسرعاً من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري) يعني معنى قوله البيع في يده انه لم يسلمه إلى المشتري ، أما إذا لم يكن في يده ذكر القدوري والناطفي لا يصح الطلب منه لانه لم يبق له يد ولا ملك ، فصار كالأجنبي . وذكر الإمام أحمد الطواويسي والشيخ الإمام خواهر زاده يصح استحساناً ، لان الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري (أو على المبتاع) أي أو على المشتري سواء كانت الدار في يده أولا ، لان الملك له ويأخذ الشفعة منه (أو عند العقار) أي أو يشهد عند العقار لتعلق الحق به (فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) هذا الطلب مقدر بالتمكن ، حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته دفعاً للضرر عن المشتري ، لانه ربما يتصرف فيها على تقدير أنه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقص تصرفاته في الدار فيتضرر .

وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه ، لان للأول اليـــد والثاني الملك ، وكذا يصح الاشهاد عند المبيع ، لان الحق متعلق به ، فإن

ثم إذا تأخر بعد زمان علم في الليل فأخره إلى الصبح وأقيمت الصلاة ويخاف فوت الصلاة فأخره لا يسقط شفعته وبه قال الشافعي وأحمد .

وفي المحيط لو صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته ، ولو صلى أكثر تبطل . ولو صلى أربعاً بعد الجمعة لا تبطل . ولو صلى أكثر من أربع تبطل . وكذا لو سمع في الأربع قبل الظهر فأتمها أربعاً لا تبطل . وفي مبسوط شيخ الإســـلام الشفيع إنما يحتـــاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة أن لا يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبة المشتري والبائع والدار ، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء وطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين ، فلو ترك الأقرب من الثلاثة وقصد الأبعد ، فإن كانوا جملة في مصر واحـــد فالقياس ان تبطل شفعته . وفي الإستحسان لا تبطل ، لأن نواحي المصر كناحية واحدة حكماً ، أما لو كان أحد الثلاثة في مصر والآخر في مصر آخر وفي رستاق فقصد الأبعد وترك الأقرب بطلت شفعته استحساناً وقياساً لأنهما لم يجعلا كمكان واحد حكماً .

وفي شرح الكافي وقالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد فأما إذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد لأنه ربما يكون به عـذر لا يكون ذلك في طريق آخر . وقال في الأجناس قال في نوادر ابن رسـتم عن محمد إن كان البائع والمشتري بخراســـان والدار بالعراق أن للشفيع أن يخاصم المشتري إذا كان بخراســـان ولا تبطل شفعته ، وإن كان الشفيع بالعراق عند الدار أشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه أن يأتي خراسان فيخاصم هناك . ولو خرج إلى خراســـان وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت شفعته .

(وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه) أي الإشهاد على البائع أو المشتري ، لأن كلا منهما خصم للشفيع (لأن للأول اليد) أي البـــائع له اليد (والثـــاني الملك) أى المشتري له الملك (وكذا يصح الإشهاد عند المبيع ، لأن الحق متعلق به ، فإن ســـلم

سلم البائع والمبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده ، لان المطالبة لا تصح إلا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك ، وسنذكر كيفية من بعد إن شاء الله تعالى. قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو

البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً ، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالأجنبي) وقد ذكرنا عن قريب ما نقل عن خواهر زاده من صحة الإشهاد على البائع بعد تسليمه المبيع إلى المشتري .

(وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسميته المبيع وتحديده ، لأن المطالبة لا تصح إلا في المعلوم) قال الكرخي في مختصره قال بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف قال فإن كان الشفيع غائباً فإذا علم فله من الاجل بقدر المسافة إما أن يقدم وإما أن يبعث وكيلاً في طلبها وذلك بعد أن يشهد حيث علم أنه على شفعته ويسمي الدار والارض والموضع ويحدد حتى يستوثق لنفسه (والثالث) أي النوع الثالث من أنواع الطلب (طلب الخصومة والتمليك) وسماه في الكافي طلب الاستحقاق وهو أن يرفع المشتري الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة (وسنذكر كيفية طلب الخصومة من بعد إن شاء الله تعالى)أي عند قوله وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة إلى آخره .

(قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة « رح ») أي قال القدوري لا تسقط الشفعة بتأخير طلب الخصومة والتمليك عند أبي حنيفة (وهو

رواية عن أبي يوسف . وقال محمد إن تركها شهراً بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر « رح » ، معناه إذا تركها من غير عذر .

وعن أبي يوسف انه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته ، لانه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه

رواية عن أبي يوسف « رح ») هذا قول المصنف « رح » ولم يذكر القدوري أى قول أبي حنيفة رحمه الله رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، وبه قال الشافعي وأحمد وقول محمد رواية عن أبي يوسف أيضاً .

(وقال محمد إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت) أي الشفعة (وهو قول زفر) أى قول محمد هو قول زفر « رح » أيضاً (معناه إذا تركها من غير عذر) أى معنى قول ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب إذا تركها من غير عذر . وفي الذخيرة والمغني لو ترك المرافعة إلى القاضي بعد الطلبين بعذر مرض أو حبس أو عدم قدرته على التوكيل بالطلب لم تبطل شفعته بالإجماع . أما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل عند أبي حنيفة ، وبه قالت الثلاثة ، وهو رواية عن أبي يوسف . وعند محمد وأبي يوسف في رواية إذا طالت المدة تبطل وهو قول زفر .

واختلفت الرواية عنهما في طول المدة عنه ففي رواية مقدر بثلاثة أيام . وفي رواية أخرى مقدر بشهر وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وذكر فيها أيضاً لو ترك المرافعة خوفاً ان القاضي يبطل شفعته بأنه لا يرى الشفعة على الجوار فهو على شفعته .وقال الكرخي قال هشام سألت محمداً على قول أبي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير القاضي ثم سكت قال هو على شفعته أبداً ما لم يقل باللسان قد تركتها ، وكذلك قول أبي يوسف ، وقال محمد فأما في قولى فإن سكت بعد الطلب شهراً بطلت شفعته .

(وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على اعراضه وتسليمه)

اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه. وجه قول محمد «رح» انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر، لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان. ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً ولا فرق في حق المشتري بين الحضر

لم يقدر أبو يوسف التأخير بمقدار على هذه الرواية بل جعله على ما يراه القاضي، لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال.

(وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومه منه أبداً يتضرر به المشتري، لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه) أي حذار من نقض البناء والغرس (من جهة الشفيع فقدرناه بشهر، لأنه آجل وما دونه) أي ما دون الشهر (عاجل على ما مر في الأيمان) أي في مسألة ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهرين في يمينه.

(ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى) وهذا مخالف لما قال قاضي خان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة مع أن الفتوى على قول محمد رحمه الله، ولكن الذي أخذ به المصنف هو الذي أخذ به الطحاوي في مختصره والكرخي أخذ برواية الشهر، إلا أن يكون القاضي عليلاً أو غائباً (ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق) فإنه إذا كان له حق ثابت عنده أخذ الجهة من الجهات، فإنه لا يسقط عنه إلا بالأداء وبإسقاط صاحبه بالتصريح، فكذا هذا.

(وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد، أي ما ذكر محمد من ضرر المشتري (يشكل بما إذا كان) أي الشفيع (غائباً ولا فرق في حق المشتري بين الحضر

والسفر . ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعتـــه بالتأخير بالاتفاق لانـــه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً . قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشـــراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي

والسفر) أي لا فرق في لزوم الضـــرر على المشتري بين أن يكون الشفيـع حاضراً أو غائباً لم يعتبر ضـــرره في الشفيـع الغائب حيث لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالإتفـــاق ، فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيـع حاضراً . وفي الذخيرة لو كان الشفيـع غائباً ينبغي أن يطلب طلب المواثبة ثم له في الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البـائع والدار المبيعة لطلب الإشهاد ولو قـــدم المصر وتغيب المشتري وطلب الإشهاد على البائع أو عند الدار ثم ترك طلب التملك لا تبطل شفعته وإن كان ذلك بلا خلاف ، لأن ذلك ترك بعذر إذ لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة ، لأنه كلما قدم مصراً فيه المشتري ليأخذه هرب المشتري إلى مصر آخر . ثم الشفعة تثبت للغائب عند جمهور العلماء إلا عند النخعي والعكلي والبيتي حيث قالوا لا شـفعة للغائب ، لأن في اثباتها ضرراً بالمشتري ، وللجمهور عموم الأحاديث .

(ولو علم أنه لم يكـــن في البلدة قاض لا تبطل شفعتـــه بالتأخير بالإتفاق ، لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً) أراد بالإتفاق أصحابنا . وقال أحمد والشافعي تبطل ، لأن الأخذ بالشفعة لا يفتقر إلى حـكم الحاكم عندهما ، لأنه حق ثبت بالإجماع والنص ، فلا يفتقر إلى الحكم كالرد بالعيب . قلنا هو نقل الملك عن مالكه إلى غيره قهراً ، فيحتاج إلى الحكم كالرد بالعيب .

(قال وإذا تقدم الشفيـع إلى القاضي) أي قال القدوري وهذا هو طلب الخصومة الذي وعـــده بقوله وسنذكر كيفيته من بعد (فادعى الشـراء) أي ادعى ان فلاناً اشترى الدار (وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه) وهو المشتري (فان اعترف بملكه الذي يشفع به) أي فان أقر المشتري بملك الشفيـع الذي يشفع به صار خصماً

يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال ويسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار

فيسلمها ، وهذا هو جواب أن الشرطية (وإلا) أي وإن لم يعترف بأن أنكر ملك الشفيع بأن قال الملك الذي في يده ليس له وإنما هو ساكن فيه (كلفه) أي كلف القاضي الشفيع (بإقامة البينة) على أن الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصماً ، لأن الخصومة في الشفعة فرع على ثبوت السبب وهو المجاورة والشركة ، فاذا لم يثبت لم يصح إثبات ما هو فرع عليه . وقال زفر وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه إقامة البينة على الملك ، لأن اليد دليل على الملك ، الا ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب بشهادة اليد فوجب أن يقضي بالشفعة لأجلها .

ودليلنا ما أشار إليه بقوله (لأن اليد ظاهر محتمل) فيحتمل أنه يد ملك وغير ذلك (فلا تكفي لإثبات الإستحقاق) لان المحتمل لا يصلح أن يكون حجة للإلزام على الغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في الحلية ومغني الحنابلة وما ذكره في الكافي خلافاً للشافعي ليس بمعتمد مذهبه ، وظاهر اليد لا يثبت للإستحقاق على الغير ، ولهذا قالوا إذا زعم المقذوف أنه حر وقال القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف البينة على الحرية وذلك لان الظاهر الحرية إلا أنه لا يستحق بهذا الظاهر حقاً على الغير ، وكذلك المقطوعة يده إذا زعم أنه حر وطلب القصاص من القاطع فقال القاطع هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى . وكذلك قالوا في المشهود عليه إذا زعم أن الشاهد عبد لم يقض عليه بظاهر الحرية ، وكذلك إذا زعمت العاقلة أن القاتل عبد لم يقض عليه لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت أنه حر .

(قال ويسأل القاضي المدعي) أي قال صاحب الهداية يسأل القاضي مدعي الشفعة (قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار) أي الدار المشفوعة بأن يقول الشفيع

وحدودها ، لانه ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها وإذا بين ذلك يسأل عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف . وذكـــر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً

دار فلان في بلدة كذا في محلة كذا (وحدودها) الأربع (لأنه ادعى حقاً فيها) أي في الدار والدعوى لا يصح إلا في المعلوم (فصار كما إذا ادعى رقبتها) أي صار حكم هذا الحكم من يدعي رقبة الدار حيث لا يصح دعواه إلا إذا بينها بحدودها وأوصافها .

(وإذا بين ذلك) أي في موضع الدار وحدودها (يسأله عن سبب شفعتـــه) أي يســـأل القاضي الشفيع بأي سبب يدعي الشفعـــة (لاختلاف أسبابها) أي لاختلاف أسباب الشفعة من الشركة والجوار فانها على المراتب كما تقـــدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أم لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فانه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً فلا بد من البيان . ويقول له أيضـــاً متى أخبرت بالشراء كيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أم لا ، فان عند أبي يوسف ومحمد إذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لا يلزم المصنف ، لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم بعـد ذلك يسأله عن طلب الإشهاد ، فاذا قال طلبت حين علمت أو أخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الإستقرار . فان قال طلبته من غير تأخير يسأله عن المطلوب بحضرته فقـد كان أقرب إليه من غيره . فان قال نعم فقد صحح دعواه ثم يقبـــل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة على ما ذكرنا .

(فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف) ذكر هذا تفريعاً على ما تقـــدم وبياناً للخلاف الذي ذكر الحدود فانه إذا قال أنا شفيع الدار المشتركة بدار تلاصق الدار المشفوعة وبين حـــدود الدار المشفوعة وانها في بلدة كذا في محلة كذا يتم دعواه عند الخصاف ولا يشترط ذكر حدود دار عنده .

(وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً) فالشرط على ما ذكر

وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الذي ذكره مما يشفع به ، معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ،

في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي بطلت الشفعة بها بأن يقول أنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، وبيان صدور الدار المشتراة المشفوعة ما ذكرنا . وقال الفقيه أبو الليث وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد حدودها كذا ، والثانية كذا ، والثالثة كذا ، والرابع كذا ، وأنا شفيعها بالجوار بالدار التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، طلبت أخذها بشفعتي فمدة تسليمها إلي بشفعتي هذه (وقد [1] بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد) فكلاهما اسم لكتاب واحد للمصنف في الفتاوى . وذكر فيه وقال ينبغي أن يقول وأنا أطلب الشفعة بدار اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث والرابع كذا ، لأن الدار إنما تصير معلومة بذكر الحدود وبين حدود الدار المشتراة أيضاً ، لأن الدعوى إنما تصح بعد إعلام المدعى به والإعلام بذكر الحدود .

(قال فان عجز عن البينة) أي قال القدوري فان عجز الشفيع عن إقامة البينة وهو عطف على قوله كلفه إقامة البينة (استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به) هذا تحليف على العلم على ما نذكره . وفي الذخيرة هذا على قول أبي يوسف لأنه استحق الشفعة بمجرد اليد عنده ، أما عند محمد فيحلف على البتات لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة ، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره ، وهناك يحلف على البتات ، فكذا هاهنا .

(معناه يطلب الشفيع) أي معنى قول القدوري استحلف المشتري إذا طلب الشفيع (لأنه) أي لأن الشفيع (ادعى عليه) أي على المشتري (معنى لو أقر به لزمه)

---

(١) وقد بينا ذكر حكم الحدود والإختلاف في الكتاب المسمى بالتجنيس والمزيد — هامش .

ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم . فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فـإن أنكر الإبتياع قيل للشفيع اتم البينة ، لأن الشفعة لا تجب إلا بعـد ثبوت البيع وثبوته بالحجة . قال فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي مر ذكره ، فهذا على الحاصل ،

أي لو أقر به المشتري لزمه بإقرار (ثم هو استحلاف على ما في يد غيره) أي ثم هذا الإستحلاف على ما في يد غيره (فيحلف على العلم) والأصـل فيه قوله ﷺ اليهود في القسامة فيحلف منـكم خمسون رجلاً خمسين يميناً بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، فكان ذلك أصـلاً في أن اليمين إذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات ، وإذا كانت على فعـل الغير كانت على العلم (فان نكل) أى المشتري عن اليمين (أو قامت الشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه) يعني على الشراء (هل ابتاع أم لا) أى هل اشترى الدار المشفوعة أم لم يشتر (فـان أنكر الابتياع قيل الشفيع أتم البينه) على الشراء (لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيـع وثبوته بالحجة) وهى الاقرارأوالبينة .

(قال فان عجز عنها) أى قال القدورى فان عجز الشفيـع عن إقامةالبينة (استحلف المشترى بالله ما ابتاع) أى استحلف القاضى المشترى بالله ما اشترى (أو بالله ما استحق عليه فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى مر ذكره) أي أو استحلف بالله ما استحق الشفيـع عليه فى هذه الدار شفعته . وفى بعض النسخ أو بالله ما استحق على هذه الدار شفعته (فهذا على الحاصل) أى فهذا الاستحلاف على الحـاصل ، أعني استحلاف على حـكم الشىء فى الحال .

والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى ، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله . وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات . قال وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي ، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن ، وهذا ظاهر رواية الاصل .

والأصل في الاستحلاف هو الاستحلاف على الحاصل عندهما ، وعند أبي يوسف على السبب إلا إذا وجد التعريض من المدعى عليه فحينئذ يحلف على الحاصل . وفي شرح الأقطع فالذى ذكره في الكتاب إنما هو قول محمد . وقال أبو يوسف يحلف بالله ما ابتاع إلا أن يعوض فيقول قد يشتري الانسان بالشيء ثم يفسخ العقد فلا يمكن استحلافه كذلك فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعته .

(والأول على السبب) وهو قوله بالله ما ابتاع (وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله سبحانه وتعالى)أى في فصل كيفية اليمين والإستحلاف في الدعوى في قوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحلف في جميع ذلك على السبب إلى آخره (وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات) أى يحلف القاضي المشتري في إنكاره الابتياع فيقول بالله ما ابتعت ، أو يقول بالله ما يستحق الشفيع على هذه الدار شفعة، بخلاف استحلاف المشترى على إنكاره ملك الشفيع في الدار التي يسكنها الشفيع فإنه يحلفه على العلم فيقول بالله ما أعلم أنه ما تملك لها .

(قال وتجوز المنازعة فى الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي) أى قال القدورى وذلك لأن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلى الشفيع ففى حالة المنازعة للانتقال فلا يجب عليه إحضار الثمن (فإذا قضى القاضى بالشفعة لزمه إحضار الثمن) لانتقال الملك إليه (وهذا ظاهر رواية الأصل) وبه قالت الثلاثة وابن شبرمة إلا عند

وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ،

الشافعى وابن شبرمة ينظر ثلاثة أيام ، فان أحضر والا فسخ علية ، وعند مالك وأحمد ينتظر يوماً أو يومين وإلا يفسخ عليه ، وإنما قال هذا ظاهر رواية الأصل ، ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح فى الأصل هكذا ، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن ، لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته إن مات .

(وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة «رح» لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشترى) أى حتى لا يهلك ، وقال رسول الله ﷺ لا توى على مال امرىء مسلم . قوله عساه أى عسى الشفيع يكون مفلساً . وأصل استعماله بأن نحوه عسى زيد أن يخرج ، وقد يشتبه يكاد فيترك أى نحو قول الشاعر :

على الكرب الذى أمسيت فيه　　　يكون وراؤه فرج قريب

وما ذكره المصنف «رح» من هذا القبيل وإسم على هاهنا الضمير البارز .

(وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه) أى الشأن لا ثمن للمشترى على الشفيع (قبل القضاء) فلا يتمكن المشترى من مطالبته ، فكيف يجب إحضاره . وفى شرح الطحاوى لاينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الثمن أما لو قضى ينفذ قضاؤه ووجب عليه الثمن فيحبس المشترى المبيع حتى يحضر الشفيع الثمن .

ولو قال للشفيع ليس عندى الثمن أحضره اليوم أو غداً أو ما أشبه ذلك فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ، ويبطل حقه فى الشفعة ، ثم قال والفرق بين البائع والمشتري وبين

ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره . وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى يستوفي الثمن و ينفذ القضاء عند محمد « رح » أيضاً ، لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه، فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه

الشفيع والمشترى ، فان المشترى فى البيع لو ماطل لا يبطل الشراء ، وها هنا يبطل . والبائع أزال البيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد ضر بنفسه عن اختياره فلا يزيل ملك نفسه عن اختياره فلا ينظر له بابطال ملك المشترى ، وإنما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع ، فان المشترى ههنا فلا يزيل ملكه نفسه عن اختياره ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه ، بل الشفيع يتملك عليه كرهاً دفعاً للضرر عن نفسه ، وإنما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن .

(ولهذا) أي ولعدم كون الثمن عليه قبل القضاء (لا يشترط تسليمه ، فكذا لا يشترط إحضاره) لأنه ليس بثابت عليه (فإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى يستوفي الثمن) أي فإذا قضى للشفيع بالدار . وفي بعض النسخ فإذا قضى بالدار للشفيع فللمشتري (وينفذ القضاء عند محمد أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه) يعني أن عند محمد لا يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن ، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ويفيد القضاء عنده أيضاً لوقوعه في محل مجتهد فيه ، وإنما قال عند محمد أيضاً ، لأن الإشكال يجيء على مذهبه إذ لا يجوز القضاء عنده حتى يحضر الثمن كما ذكرنا .

(ووجب عليه الثمن) أي على الشفيع (فيحبس فيه) أي في الثمن إذا أخره (فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته) أي فلو أخر الشفيع الثمن بعدما قال القاضي له ادفع الثمن إليه ، أي إلى المشتري لا تبطل شفعته . وفي الكافي عند محمد (لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي) أي لأن الشفعة تأكدت بخصومة الشفيع عند القاضي .

لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة ، لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد[1] منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه ، لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما

(قال وإذا أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده) أي قال القدوري أي وإن أحضر الشفيع البائع عند القاضي والحال أن الدار المشفوعة في يده ولم يسلمها إلى المشتري (فله أن يخاصمه في الشفعة) أي فللشفيع أن يخاصم البائع في الشفعة (لأن اليد له وهي يد مستحقة) أي معتبرة كيد الملاك ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن . ولو هلك في يده ملك من ماله ، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه (ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه) أي بحضور من المشتري والمشهد بفتح الميم مصدر اسمي بمعنى الشهود وهو الحضور (ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه) أي على البائع وهي ضمان سبب الثمن عند الإستحقاق لأنه هو القابض للثمن (لأن الملك للمشتري) لأنه ثبت له بالبيع فصار ملكه ، ألا ترى أنه يجوز له أن يتصرف فيه تصرف الملاك .

(واليد للبائع) ألا ترى أن له أن يحبسه لاستيفاء الثمن (والقاضي يقضي بهما) أى بالملك واليد (للشفيع فلا بد من حضورهما) أى حضور البائع والمشترى ، إذ الشفيع يريد استحقاق الملك واليد ، ولأن أخذه من يد البائع يوجب انفساخ البيع بين البائع والمشترى وذا لا يتم إلا بمحضر من المشترى فيشترط حضوره ، ثم الأخذ من يد البائع يجوز عندنا وعند الشافعي في وجه واحد وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية يجبر الحاكم المشترى حتى يقبضه من يد البائع فيأخذ الشفيع من يده والعهدة على المشترى بكل حال

---

(١) بمحضر – هامش .

بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع ، لأنـــه صار أجنبياً إذ لا يبقى له يد ولا ملك . وقوله فينفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفســـخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور

عند الثلاثة . وعند زفر وابن أبي ليلى والبناء على البائع بكل حال ، وعندنا إن أخذ من يد البائع فالعهدة عليه ، وإن أخذه من يدي المشترى فالعهدة عليه .

وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف أن المشترى إن كان نقـد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيـع بالشفعة بمحضر من البائع والمشتري ، فإن الشفيع يقبض الدار من البائع وينقد الثمن للمشترى وعهدته عليه ، وإن كان لم ينقد الثمن دفع الثمن إلى البائع وعهدته عليه .

(بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبياً إذا لم يبق [1] له يد ولا ملك) أي البائع ، أما عدم اليد فظاهر ، لأن المبيع قبض، وأما عدم الملك فلأن المشترى ملكه بالعقد الصحيح مع القبض .

(وقوله) أي قول القدورى (فينفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي أن البيع في حق المشترى إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليـــه) يعني اشتراط الحضور معاول بعلتين ، إحداهما أنه يصير مقضياً عليه في حق الملك ، لأنـــه قال قبل هذا ، لأن الملك للمشترى واليد للبائع فلا بد من حضوره. وثانيهما أنه يصير مقضياً عليه بحق الفسخ كما ذكر هاهنا ، فلا بد من حضوره ، إذ القضاء على الغائب لا يجوز .

(ثم وجه هذا الفسخ المذكور) وهو الفسخ المذكور في قوله فيفسخ البيع بمشهد منه، ولما كان الفسخ للبيـع يوهم العود على موضعه بالنقض في المسألة ، لأن نقض البيـع إنمـا هو لأجل الشفعة ، وبعضه يفضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيـع بين وجه النقض بقوله

---

(١) إذ لا يبقى – هامش .

أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه ، لأن الشفعة بناء عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه

ثم وجه هذا الفسخ المذكور (أن ينفسخ في حق الإضافة) يعني يصير البيع مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري (لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة) هذا تعليل لقوله أن يفسخ في حق الإضافة ، وإن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع ممتنع ، وإذا كان ممتنعاً فإن الغرض من الشراء هو الانتفاع بالبيع ، فيحتاج إلى الفسخ ، وهو معنى قوله (وهو يوجب الفسخ) أى امتناع قبض المشترى بسبب الأخذ بالشفعة يوجب الفسخ ، لأن الاسباب شرعت لاحكامها لانتفائها .

(إلا أنه يبقى أصل البيع) هذا استثناء عن قوله ينفسخ في حق الإضافة والا بمعنى لكن ، يعني لكن الشأن يبقى أصل البيع بمعنى الفسخ في حق المشترى لا البائع ، ويبقى أصل البيع ، أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجرداً من اضافته الى ضمير المشترى لتعذر انفساخه ، فإنه لو انفسخ عاد على موضعه بالنقض كما ذكرنا (لتعذر انفساخه)أى إنفساخ العقد في حقها من كل وجه ، لانه يصير كأن البيع لم يكن أصلا، لان الانفساخ من كل وجه عبارة عنه ، فحينئذ يبطل حق الشفعة (لان الشفعة بناء عليه) أى على البيع (ولكنه تتحول الصفقة اليه) أى ولكن الشأن يتحول العقد الى الشفيع ، وهذا وجه التحويل لبقاء العقد ، وهو بتحويل الصفقة اليه .

(ويصير كأنه هو المشترى منه) أى يصير الشفيع كأنه المشترى من البائع ، وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة ، وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول المقصود ، فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشترى فلا يتعدى إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار . وقال بعضهم نقل الدار من المشترى إلى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحول لم يكن للشفيع بعقد جديد ، قالوا

فلهذا يرجع بالعهدة على البائع. بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه، لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى. قال ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع، لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه. قال إلا أن يسلمها إلى الموكل،

لو كان بطريق لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشترى قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي، ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب، والمشترى اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها، لكن له ذلك.

والجواب أن العقد يقضي إلى سلامة المعقود عليه من العيب، وإنما تغير في حق المشترى بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرواية وقبول المشترى العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة السلامة نظراً إلى الأصل.

(فلهذا) أي فلتحول الصفقة إليه (يرجع بالعهدة على البائع) لأنه لو باع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه) أي الشفيع (من يده حيث تكون العهدة عليه، لأنه تم ملكه بالقبض، وفي الوجه الأول) وهو فيما إذا كان المبيع في يد البائع وأخذ الشفيع منه (امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ) أي فسخ البيع الذي كان بين المشترى وبينه (وقد طولنا الكلام فيه) أي في حكم المسالة المذكورة (في كفاية المنتهى بتوفيق الله سبحانه وتعالى) وقد بينا شيئاً من ذلك في اثناء الكلام.

(قال ومن اشترى داراً لغيره) أي قال القدوري يعني اشترى لغيره بطريق الوكالة (فهو الخصم للشفيع، لأنه هو العاقد) فيتوجه عليه حقوق العقد (والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أي فتتوجه الخصومة على الوكيل (قال إلا أن يسلمها إلى الموكل) أي قال القدوري إلا أن يسلم الوكيل الدار الى الموكل فحينئذ يكون الموكل هو

لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري ، فتصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل

الخصم (لأنه لم يبق له يد ولا ملك) أي لان الشأن لم يبق للوكيل يد في الدار ولا ملك، فصار كالبائع إذا سلم إلى المشتري يخرج من الخصومة بالتسليم ، غير أن البائع لا يكون خصماً إذا كانت الدار في يده حتى يحضر المشتري والوكيل إذا قبض خصم وإن لم يحضر الموكل ، لأن المشترى لم يقم البائع مقام نفسه فلم يجز فسخ الملك عليه من غير حضوره ، وأما الموكل فقد أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بـه فجاز أن يفسخ الملك بمخاصمته وإن لم يحضر الموكل .

(فيكون الخصم هو الموكل) يعني إذا سلم الوكيل الدار الى الموكل يكون هو الخصم. وفي شرح الطحاوى ومن اشترى داراً لرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة، فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل ، فان الشفيع أن يأخذ الدار منه فيكتسب عهدته عليه وينقد الثمن اليه بقول الوكيل الى الموكل ، وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل أخذها منه وينقد الثمن اياه ويكتب العهدة . وروى عن أبي يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لأنه انما اشتراها للموكل وهو ليس بخصم فيها ، ولكن يقال سلم الدار الى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه . وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا أنه يأخذ من يد الوكيل اذا كان في يده لأن حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون في حقوق عقد كالمالك والشفعة من حقوق العقد .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف) في باب الوكالة ان بين الوكيل والموكل بيع حكماً (فتسليمه اليه) أي بتسليم الوكيل الى الموكل (كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه) أى مع الموكل ، يعني لو كان سلم الى المشترى كان هو الخصم ، فكذا الموكل (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كان الوكيل والموكل كالبائع والمشترى كان ينبغي أن

فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم. وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده ، لأنه عاقد . وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا . قال وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية. وإن وجد بها عيباً فله أن يردها وإن كان المشتري شرط ابراءة منه ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ،

يشترط حضورهما جميعاً في الخصومة في الشفعة اذا كان الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشترى كما يقدم ، وتقرير الجواب أن يقال إن الوكيل قائم مقام الموكل لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم) والبائع هناك ليس بنائب عن المشترى ، فلا يكتفي بحضوره .

(وكذلك اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذهامنه اذا كانت في يده ، لأنه عاقد ، وكذا اذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه) ويكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كان الورثة صغاراً ، وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازاً عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز ، وكذا لو كانت الورثة كلهم كباراً لا يجوز بيع الوصي اذا لم يكن على الميت دين ، فكان قوله يجوز بيعه احترازاً من هذين البيعين ، وعند الثلاثة في المسألة الوكيل يأخذ من يد الموكل ، لأن حقوق العقد ترجع اليه عندهم.وفي مسألة وكيل الغائب للشافعي وجهان ، أحدهما مثل قولنا وهو قول احمد (لما ذكرنا) في الوكالة .

(قال واذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية) أى قال القدورىقوله ولم يكن أى والحال أنه قال لم يكن رآها قبل ذلك (وان وجد بها عيباً فله أن يردها) أى وان وجد الشفيع بالدار عيباً فله أن يردها ، لأن الشفيع مع المشترى بمنزلة المشترى أن البائع ثم المشترى له أن يرد بخيار الرؤية والعيب ، فكذلك للشفيع أن يرد بالخيارين على الذى أخذ منه .

(وان كان المشترى شرطالبراءةمنه) أى من العيب (لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة

ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار إن كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه .

الشراء . ألا يرى أنه) أى الأخذ بالشفعة (مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار) أى خيار الرؤية وخيار الشرط (ان كا في الشراء) أى كا يثبت الخيار أن في الشراء (ولا يسقط) أى خيار العيب (بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته) أى ولا تسقط أيضاً خيار الرؤية من الشفيع برؤية المشترى (لانه ليس بنائب عنه) أى لأن المشترى ليس بنائب عن الشفيع (فلا يملك اسقاطه) أى فلا يملك المشترى اسقاط خيار الشفيع بالعيب والرؤية .

قال الإمام العتابي في شرح الجامع الكبير الأخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث يملك بثمن معلوم حيث يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوفي فيه القضاء والرضاء وعدم الرضاء ، ولو بطل يبطل لا الى خلف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامناً له سلامة البناء ونحوه ، مثاله اذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب ، سواء كان ذلك للمشترى أو لم يكن ، فلو بنى فيها بناء أو غرس غرساً ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه ، لانه لم يضمن له سلامة البناء لانه أخذه على كره منه ان أخذه بقضاء . وكذا اذا أخذه بغير قضاء لانه يستوفي غير حقه لانه انما يأخذ على حق متقدم على البيع لكونه مقدماً على الدخيل فيستوفي فيه القضاء غير القضاء كالرجوع في الهبة لما كان الراجع أخذ بين حقه بحق متقدم على الهبة يستوي فيه القضاء والرضاء .

* * *

فصل في الاختلاف

قال وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لايدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ها هنا فلا يتحالفان .

(فصل في الاختلاف)

ذكر حكم الاختلاف عقيب اتفاق الشفيع والمشتري هو الوجه ، لان الاصل عدم الاختلاف .

(قال وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) أي قال القدوري بأن قال المشترى اشتريت بألفين ، وقال الشفيع اشتريت بألف فالقول قول المشترى مع يمينه ، وبه قالت الثلاثة ، الا أن أشهب المالكي قال ان أبى المشتري بما يشبهه فالقول له بلا يمين والا مع اليمين ، وقيد في المبسوط والكافي والدار مقبوضة (لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو) أى المشتري (ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشترى لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والاخذ) أى لتخير الشفيع اذ المدعي هو الذى لو ترك ترك ، والمختص بهذه الصفة هو الشفيع لا المشترى (ولا نص هنا) يعنى لم يرد نص بالتحالف في اختلاف الشفيع والمشتري ، وإنما النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك ، فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع ، لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا فلم يمكن في معني ما ورد به النص (فلا يتحالفان) أي إذا كان كذلك فلا يتحالفان .

فإن قلت ينبغي أن يجري التحالف ، لأن المشتري من الشفيع ينزل منزلة البائع من

قال ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو . ولهما انه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان فللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء

المشتري والبيع في يد البائع ، لأن الدار في يد المشتري ، ولو وقع هذا الاختلاف بين البائع والمشتري لكان يجري التحالف بين البائع والمشتري. قلت وجد الدعوى والإنكار ثمة ، بخلاف القياس ، وهذا ليس في معناه من كل وجه ، لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضى أن يوجد فلا يلتحق به .

(قال ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) أي قال القدوري وبه قال الشريف الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد تعرضت البينتان وتساقطا ، والقول للمشتري مع يمينه ، ويحتمل أن يفرغ بينهما لأنهما ينازعان في العقد ولاية لهما عليه ، فصار كالمتنازعين عيناً في يد غيرهما .

(وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري ، لأنها أكثر اثباتا ، فصار كبينة البائع) إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقام البينة فإنها للبائع (والوكيل) أي وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنها كالوكيل(والمشتري من العدو) أي وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأمور فإنها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه لا تنافي بينهما) أي أن الشأن لا منافاة بين بينة الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع بجواز تحقق المبين مرة بألف ومرة بألفين على ما شهد عليه البينتان (فيجعل كأن الموجود بيمان فللشفيع أن يأخذ بأيها شاء) أي بأى البيعين شاء . غاية ما في الباب أن الثاني يتضمن فسخ الأول ، إلا أن الأول لم يظهر في حق الشفيع ، لأن حقه قد تأكد والحق للمالك لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق، فيبقى البيع الأول في حق الشفيع .

وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول . وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيــــع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع ، والموكل كالمشترى منه ، كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد « رح » وأمـــا المشتري من العدو ، وقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم . قلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني

(وهذا بخلاف البائع مع المشتري ، لأنه لا يتوالى) أى لا يجري (بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول) لأن الجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما اثباتـــاً ، لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيــع) فيجمع بين البينتين ولا يصار إلى الترجيح كما لو اختلف العبد مع المولى فقال العبد قلت إن أديت إلي ألفـاً فأنت حر . وقال المولى إن أديت إلي ألفين ومن هنا فيجمع بينهما ، إذ لا منافاة بينهـــما فيجعلا كأن الكلامين صدرا من المولى فيعتق العبد بأيها شاء(وهو التخريج لبينة الوكيل) أراد أن المذكور هو التخريج لبينة الوكيل ، ومقصوده أن ما ذكره أبو يوسف في بينــة البائع مع المشترى هو الجواب بعينه عما ذكره في بينة الوكيل مع الموكل (لأنه كالبائــع والموكل كالمشترى منه) أى من الوكيل فلا يمكن توالي العقد بينهـــما إلا بانفساخ الأول فيتعذر التوفيق .

(كيف وانها ممنوعة) أى كيف تكون البينة للوكيل مع بينة الموكل إذا اختلفــا في الثمن والحال انها ممنوعة (على ما روى عن محمد «رح» . وأما المشترى من العـــدو وقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم) قال ابن سماعة روى عنه أن البينــة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما كان بينهما من الوجه حيث صنف السير (قلناأن‌نمنع) أى فحينئذ لنا أن نمنع ما ذكره أبو يوسف من كون البينـــة المشترى عند الاختلاف مع المولى في ثمن العبد المأمور (وبعد التسليم) يعني وإن سلمنا أن البينـــة المشترى مثل ما قال (نقول لا يصح الثاني) أى البيع الثاني بين المشترى وبـين المالك

هنالك إلا بفسخ الأول . أما ها هنا بخلافه . ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة ، والبينات للإلزام . قال وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك حطاً عن المشتري ، وهذا لأن الامر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة بـه ، وإن كان

القديم (هنالك) أي في مسألة العبد المأمور (إلا بفسخ الأول) أي البيع الأول لتعذر التوفيق .

(أما هنا) أي في مسألة اختلاف الشفيع والمشتري (بخلافه) أي بخلاف حكم مسألة العبد المأمور لأن العقدين قائمان في حق الشفيع فله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد وأخذ بها ، والطريقة الثانية حكاها أبويوسف ولم يأخذ بها وهي قوله (ولأن بينة الشفيع ملزمة) لأنها لا تلزمه على المشترى تسليم الدار بما قال شاء أو لا (وبينة المشترى غير ملزمة) لأنه لا يلزم على الشفيع شيئاً لكونه مخيراً ، وبه حصل الفرق بين بينة البائع والمشترى ، لأن كل واحد من البينتين ملزمة ، فرجحنا بالزيادة ، وكذلك بينة الوكيل مع بينة الموكل وفي مسألة الشراء من العدو ، وعلى هذه الطريقة البينة بينة المالك القديم انها تلزمه وبينة المشترى لا (والبينات للالزام) يعني مشروعية البينات لإلزام الخصم وإثبات الحق عليه .

(قال وإذا ادعى المشترى ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن) أي قال القدورى رحمه الله أي والحال أن البائع لم يقبض الثمن . وقال القدورى في مختصره ولا فرق بين أن تكون الدار فى يد البائع أو في يد المشترى ، ألا ترى ما ذكره الكرخي في مختصره بقوله وإن اختلف البائع والمشترى والشفيع في الثمن والدار في يد البائع أو في يد المشترى ولم ينقد الثمن والقول في ذلك قول البائع مع يمينه إن كان أكثر مما قال جميعاً ، انتهى (أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك حطاً عن المشترى) أي من البائع عن ذمة المشترى (وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان

على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولان التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله. قال ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان

على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى) أي في هذا الباب .

(ولان التملك) وجه آخر ، ولان تملك الشفيع البيع (على البائع بايجابه)أي بإيجاب البائع بقوله بعت ، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع والمشتري ينكر فللشفيع أن يأخذ بالشفعة (فكان القول قوله في مقدار الثمن) سواء أدى المشترى الاقل أو الاكثر (ما بقيت مطالبته) أي مطالبة البائع (فيأخذ الشفيع بقوله) أي بقول البائع .

(ولو ادعى البائع الأكثر) أي مما قاله المشترى أو الشفيع فإنه وضع المسألة في المبسوط والذخيرة في اختلاف هؤلاء ، فإن قال الشفيع الثمن ألف ، وقال المشترى ألفان ، وقال البائع ثلاثة آلاف وأقاما البينة فالبينة بينة البائع ، لانها تثبت الزيادة ويأخذ الشفيع بما قاله البائع . وقال الشافعي وأحمد يأخذ بما قاله المشترى . ولو اختلفوا في مقداره فان كان ما قاله البائع أكثر مما قالا وليس لهما بينة (يتحالفان ويترادان) أي البائع والمشترى بالحديث المعروف . قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي إذا اختلف البائع والمشترى والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة أو غير مقبوضة أخذها الشفيع بما قال البائع إن شاء ، وهذا على وجهين إما أن يقع الاختلاف بينهم على وجه يدعي البائع أكثر الثمنين أو المشترى .

أما إذا ادعى البائع أكثر الثمنين بأن قال بعتها بألف درهم والمشترى يقول اشتريتها بألف ، والشفيع يقول اشتريتها بخمسمائة فإن المشتري مع البائع يتحالفان لاختلافهما في الثمن فأيهما نكل ظهر أن الثمن بما يقوله الآخر يأخذها الشفيع بذلك . ولو تحالفا يفسخ القاضي العقد بينهما ويعود إلى ملك البائع وأخذ الشفيع الدار من يد البائع بما يقوله البائع ،

وأيهما نكل ظهر ان الثمن ما يقولـــه الآخر فيأخذها الشفيع بذلك . وإن حلفا يفسخ القاضي البيـــع على ما عرف ، ويأخذها الشفيـــع بقول البائع ، لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع. قال وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ، ولم يلتفت إلى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهـــى حكم العقد وخرج هو من البيت، وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه .

لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيـــع وهل يحلف البائع ينبغي أن لا يحلف لأنـــه حلف مرة وإن كان الإختلاف على وجه يدعي البائع أقل الثمنين يأخذ بقول البائع ، لأن الثمن إن كان كما قال فظاهر ، وإن كان أكثر من ذلك فقد حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري يكون حطاً عن الشفيـع .

(وأيهما نكل) الاثنين وهما البائع والمشتري وأعرض عن اليمين (ظهر أن الثمن ما يقوله الآخـــر فيأخذها الشفيع بذلك الثمن ، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على مـــا عرف) في موضعه في كتـــاب الدعوى (ويأخذها الشفيع بقول البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيـع) خصوصاً على قول العامة ، فان من ضرورة الأخذبالشفعة فسخ البيـع الذي جرى بين البائـــع والمشتري ، فكان الفسخ مقرراً حق الشفيـع لا رافعاً ، وهذا بخلاف ما إذا باع داراً بيعاً فاسداً فقضى القاضي بالرد حيث لا يأخذها الشفيـع لعدم تعلق حقه ، أما قبل القبض فظاهر ، وكذا بعده دفعاً للفســاد .

(قال وإن كان قبض الثمن) أي قال القدوري يعني وإن كان البائع قد قبض الثمن (أخـــذ) أي الشفيـع (بما قال المشتري إن شـــاء ولم يلتفت إلى قول البائع ، لأنه لـمـا استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البيت، وصار كالأجنبي ، وبقي الإختلاف بين المشترى والشفيع وقد بيناه) أي بينا الحكم فيما مضى وهو أن القول قول المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن .

ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه . ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ، لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

(ولو كان نقد الثمن غير ظاهر) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ، أى غير معلوم للشفيع (فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ، لأنه) أى البائع (لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به) أى بالإقرار بالبيع بذلك المقدار (فبقوله بعد ذلك) أى فبقول البائع بعد الإقرار بالبيع (قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع) أى حقه الذي تعلق بالمبيع بما قال البائع من مقدار الثمن ، لأنه إن تحقق ذلك بقي أجنبياً من العقد إذ لا ملك له ولا يد ، وحينئذ يجب أن يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشترى ، وليس له إسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) أى على البائع .

(ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله) مائة ألف ويأخذها بما قال المشترى (لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن البيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن ، وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله ، وهذا ظاهر لأنه لم يصر أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكاً والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع. وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ، لأن حط البعض يلتحق بأصل العقـــد فيظهر في حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقي . وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجـــع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل ، لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال ، وقد بيناه في البيوع .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لمـا بين أحكام المشفوع وهو الأصـل شرع في بيـــان ما يؤخذ به وهو الثمن ، لأنه تابـــع .

(قال وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن) أى قال القدورى يعني ترك عنـه بعض الثمن إحساناً إليه (يسقط ذلك) أى بعض الثمن المحطوط (عن الشفيـع) وقال الشافعي وأحمد لا يحط عن الشفيـع ، لأن ذلك هبة مبتدأة لا يلتحق بأصل العقد كما في حط الكل . واختلف أصحاب مالك فقال ابن القاسم إن كان ما حط مما جرت بـه العادة يلتحق بأصل العقد ويحط عن الشفيـع ، وإن كان كثيراً مما لا يجرى به العادة بحط مثله لم يحط عن الشفيـع . وقال أشهب لا يلحق الحط على الاطلاق من غير تفصيل .

(وإن حط جميـع الثمن لم يسقط عن الشفيـع) أى وإن حط البائع جميـع الثمن عن المشترى لا يسقط عن الشفيـع (لأن حط البعض يلتحق بأصل العقـــد فيظهر في حق الشفيـع ، لأن الثمن ما بقي ، وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيـع بالثمن يحط عن الشفيـع حتى يرجع) أى الشفيـع (عليه) أى على المشترى (بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال) من الأحوال فلا يخرج العقد عن موضوعه ، لأنه لو التحق بأصل العقد ، فإما أن يكون العقد هبة فلا شفعـــة فيها أو بيعاً بلا ثمن ، فيكون فاسداً ولا شفعة في البيـع الفاسد فيؤدى إلى إبطال حق الشفيـع (وقد بيناه

وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع ، لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها، بخلاف الحط ،لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا ، كذا هذا . قال ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته ، لأنه من

في البيوع بتوفيق الله سبحانه وتعالى) أى في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل قبل الربا .

(وإن زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) هذا لفظ القدورى في مختصره (لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها) أى بما دون الزيادة ، ومع هذا لو أخذ بالزيادة جاز ، لأن له أن يسقط حقه (بخلاف الحط ، لأن فيه منفعة له) أى للشفيع (ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول) أراد أن هذه نظير ما إذا زاد في الثمن بعد تجديد العقد (لم يلزم الشفيع) أى بالزيادة (حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا) إلا أن في الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها (كذا هذا) أى كذا حكم ما إذا أراد المشترى بدون تجديد العقد .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي وإن زاد البائع في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول ، وكذا لو باعها المشترى من آخر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الاول من المشترى الآخر على البائع الثاني بما بقي له ، وتكون العهدة على المشترى الاول . ولو رهنها المشترى وسلمها ، أو رهنها وتزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى ، وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال ومن اشترى داراً بعرض) أى قال القدورى ، والعرض بفتح العين وسكون الراء ما ليس بنقد ، والمراد منه المتاع القيمي كالعبد مثلاً (أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم) أى بقيمة العرض ، لأن العرض من القيميات . وذكر في المبسوط

ذوات القيم . وإن اشتراهـا بمكيل أو موزون أخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال . وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التمليك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن

العبد مكان العرض ، وبه قال عامة أهل العلم . وحكي عن الحسن البصرى وسؤال القاضي أنهما قالا لا تثبت الشفعة هاهنا ، لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا الأمثل لـه فيقدر الأخذ فلم يثبت كما لو جهل الثمن .

وفي المبسوط قال أهـل المدينة يأخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض ، لأن المبيع مضمون بنفسه عند تعذر إيجاب المسمى كما في البيع الفاسد كما قلنا انه أخذ نوعي الثمن فيثبت به كالمثل . ولأن القيمة مثله في المعنى فلم يتعذر أخذه ولم يعتبر قيمته يوم الشراء ، وبه قال الشافعي وأحمد .

وحكي عن مالك أنه يعتبر قيمته حين استقرار العقـد بانقضاء الخيار إذا كان فيه خيار رؤية . قال أحمد لأنه وقت الاستحقاق . قلنا وقت الاستحقاق وقت الشراء .

وفي المبسوط لو مات العبد قبـل أن يقبضه البائع ينقض الشراء بفوات القبض المستحق بالعقد ، فان العبد معقود عليه من وجه وقد هلك قبل التسليم ، وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد ، وقال زفر «رح» لا يأخذها بالشفعة لانتقاض العقد من الاصل .

(وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها الشفيع بمثله ، لأنها من ذوات الامثال) أى لان المكيل والموزون من ذوات الامثال . وفي بعض النسخ لأنه ، أى لان كل واحـد منها (وهذا) أى أخـذ الشفيع بمثله (لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعي بالقدر الممكن) فان كان له مثل صورة تملكه به وإلا فالأمثل من حيث المالية وهو القيمة . وقوله بالقدر الممكن يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحرز ، والظن فيها جهالة وهي تمنـع من استحقاق الشفعة ، ألا ترى أن الشفيع لو سـلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتـاً بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت، فان أخذه بثمن معلوم ما يعرف بالحرز والظن ،

كما في الإتلاف والعددي المتقارب من ذوات الأمثال. وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر، لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته. وإذا باع بثمن مؤجل فالشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر «رح» له ذلك وهو قول الشافعي «رح» في القديم لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به

ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبراً، بخلاف البيت ما يعرف بالحرز، فاذا أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة (كما في الإتلاف) أي كما إذا أتلف متاع آخر فانه يجب عليه مثله إن كان من ذوات الامثال وإلا فقيمته (والعددي المتقارب من ذوات الامثال) كالجوز والبيض، بخلاف البطيخ والسفرجل.

(وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته) هذا أيضاً من مسائل القدوري والتعليل من المصنف.

(قال وإذا باع بثمن مؤجل فالشفيع الخيار) أي قال القدوري أراد بأجل معلوم إذ بالأجل المجهول يصير البيع فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد (إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) وبه قال الشافعي في الصحيح. وقال مالك وأحمد يأخذ بالثمن المؤجل، وبه قال الشافعي في قول وزفر واختاره أبو حامد من اصحاب الشافعي (وليس له) أي الشفيع (أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم) وقوله الصحيح كقولنا كما قد ذكرناه في شرح الاقطع. وقال الشافعي في القديم يأخذها بثمن مؤجل، فإن كان الشفيع غير مليء طالبه بكفيل.

(لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة بذلك بثمن مؤجل إلى) أي لأن كون الثمن مؤجلاً وصف فيه كالزيافة، يقال ثمن مؤجل كما يقال ثمن جيد وزيف (والأخذ

فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنـــا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيـع والبائـع والمبتـــاع وليس الرضـــاء به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت النـــاس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن ، لأنه حق المشتري ، ولو كان وصفاً لتبعه فيكون حقاً للبائع كالثمن ،

بالشفعة به) أى بالثمن (فيأخذه بأصله ووصفه) أى بأصل الثمن ووصفه إذ الأجل صفة للدين يقال دين مؤجل ودين حال (كما في الزيوف) أى كما لو اشتراها بألف زيوف فإنه يأخذها بالزيوف .

(ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط) أى بشرط المشتري ورضاء البائع وليس هو من مقتضى العقد (ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) أي المشتري فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار (وليس الرضاء به) أى بالأجل هـــذا دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل ، لأنه ليس الرضا (في حق المشترى رضاء به) أي بالأجل (في حق الشفيع لتفاوت النـــاس في الملاءة) بفتح الميم ، أى الغنى وهومصدر من ملو الرجل. وفي العباب ملىء الرجل.ويقال ملوء مثال كرم ، أي صار ملياً ، أى ثقة فهو غنى . وملى أى ثقة فهو غني ، وملى بين الملا والملاء ممدودين وإلا الملاءة بضم فهو الربطة . ولقائل أن يقول لما كان الرضاء شرطاً وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعاً ، وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الأجـــل كذلك ، وجوابه أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل .

(وليس الأجل وصف الثمن) جواب عن قول زفر رحمه الله وجهه أن وصف الشيء يتبعه لا محالة ، وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشترى) أى لأن الأجـــل حق المشترى والثمن حق البائع (ولو كان وصفاً له لتبعه) أى ولو كان الأجل وصفاً للثمن لتبعـــه ليكون حقاً لمن كان الثمن حقاً له (فيكون حقاً للبائع كالثمن) أي إذا كان كذلك

فصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر ، كذا هذا ثم إن أخذهـــا بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلاً. وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية .

يكون الأجل حقاً للبائع كما أن الثمن حقه وليس كذلك بل الثمن حق البائـــع والأجل حق المشترى فعلم ان الأجل ليس بوصف للثمن .

(وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ثم ولاه غيره) أي باعه تولية (لا يثبت الأجل إلا بالذكر) أى لا يثبت الأجل في حق الغير إلا بالاشتراط (كذا هذا) أى ما نحن فيه لا يثبت الأجل فيه (ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري) أى إن أخذ الشفيـــع الدار من المشترى (رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيـــع فبقى موجبه) وهذا يوهم أن الشفيـــع تملكه ببيـــع جديد وهو مذهب البعض كما ذكرناه ، وليس كذلك ، بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان بمقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه .

(فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا) أي فصار حكم هذا كحكم من باع شيئاً بثمن حال ، والحال أنه قد اشتراه مؤجلا ، فإن شرط الأجل الذي بينه وبـــين من نازعه لا يبطل بأحد المشترى منه حالا (وإن اختار الانتظار له ذلك) أى وان اختار الشفيـــع الانتظار إلى انقضاء الأجل له ذلك ، أي الانتظار (لأن له أن لا يلـــتزم زيادة الضرر من حيث النقدية) أي لأن للشفيـــع ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث وزن الثمن

وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ، مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال ،حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لقول أبي يوسف « رح » الآخر ، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيـع .

نقداً وفي إلزام الشفيع في النقد زيادة ضرر فلا يجوز .

(وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ، ومراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنـــه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خـــلافاً لقول أبي يوسف « رح » في قوله الآخر) واحترز بقوله في قوله الآخر عن قوله الأول . روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول اولاً كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال، لأنه لا يتمكن من الأخذ في الحال ، وفائدة الطلب التمكن منه فيؤخر الطلب إلى وقت حلول الأجل (لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب)هذا تعليل لهما وفيه اغلاق . وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع ، أي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، ويجوز ان يكون تقريره هكذا والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع ، وأما الأخذ فإنه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الاجل .

(وهو متمكن من الاخذ في الحال) هذا جواب عن قول أبي يوسف الآخر،وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ، ولئن كان فلا نسلم انه ليس متمكن من الاخـذ في الحال بل هو متمكن منه في الحال (بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) أي إذا كان كذلك يشترط الطلب عند العلم بالبيع ، حتى لو سكت بطلت شفعتـــه كما ذكرنا .

(قال وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي) أي القدوري . وقيد بقوله اشترى بخمر أو خنزير احترازاً عما اشتراه بالميتة فان البيع فيه باطل ولا شفعة فيه . قوله وشفيعها ذمي احترز به عما إذا كان مرتداً فانه لا شفعة له سوى قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب ولا يورثه ، لان الشفعة لا تورث عندنا واحمد ، خلافاً للشافعي ومالك إذا مات بعد الطلب ، وان كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير .

واعلم أن الشفعة تجب للذمي على الذمي بلا خلاف للعلماء ، وهل يثبت لكافر على مسلم فيه خلاف . قال أحمد والحسن والشعبي لا شفعة له على مسلم لما روى الدارقطني بإسناده عن أنس ان رسول الله ﷺ قال لا شفعة لنصراني ، وعندنا والشافعي ومالك والنووي والنخعي وشريح وعمر بن عبد العزيز له الشفعة لعموم الاحاديث التي مر ذكرها في هذا الباب ، وحديث أنس ليس على عمومه، فإذا ثبت له إذا كان شريكه نصرانياً بالإجماع مع أنه غير مشهور .

وأما الحربي المستأمن في حق الشفعة له وعليه في دار الإسلام كالذمي ، لأنه من المعاملات ، وبه التزم حكم المعاملات ، ثم إذا جرى البيع بين ذميين بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التناقض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا فعندنا يحكم بالشفعة وبه قال أبو الخطاب الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد لا يحكم بها ، لأنه بيع عقد بخمر أو خنزير ، فصار كبيعهم بالميتة واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يجعلها مالاً .

وفي المغني اشترى الذمي عن ذمي كنيسة وبيعة فللشفيع الشفعة إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة ،والحربي والمستأمن في حق الشفعة كالذمي لإلتزامه أحكام المعاملات ، فلو اشترى الحربي في دار الحرب داراً ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه ، لأن لحاقه كونه ، وموت المشتري لا يبطل الشفعة ، ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم أسلم أهل الدار لا شفعة للشفيع ،لأن حق الشفعة من أحكام

أخذهـــا بمثل الخمر وقيمة الخنزير ، لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيـــما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة . قال وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير ، أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم ، فالتحق بغير المثلي . وإن كان شفيعهـــا مسلماً وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمـة الخمر ، والذمي نصفها

الإسلام لا يجري في دار الحرب ، فكل حكم يفتقر إلى القضاء يثبت ذلك في حق المسلم في دار الحرب ، كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد ، وكل حكم لايفتقر إلى القضاء كصحة البيـع والشراء والإستيلاء ونفـــاذ العتق ووجوب الصلاة والصوم يحكم في حق من أسلم في دار الحرب بينونة .

(أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير، لأن هذا البيـع مقضي بالصحة) أي محكوم بالصحة (فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي) لعموم النصوص (والخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير كالشاة ، فيأخذ في الأول) وهو الخمر (بالمثل) لأنه يصح ضمانه له بأقل (والثاني بالقيمة) أي يأخذ الثاني وهو الخنزير بالقيمة لأنه لا مثل له .

(قال وان كان شفيعها مسلماً) أي قال القدوري (أخذها بقيمة الخمـــر والخنزير أما الخنزير فظاهر) لأنه من ذوات القيم ، ووجوب القيمة من ذوات القيمة أمر ظاهر .

فإن قيل يشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عن الخنزير ، ولهذا لا يعشر العـــاشر . من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر . وأجيب بأن مراعاة حق الشفيـع واجبة بقدر الإمكان ، ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير ، بخلاف ما إذا مر على العاشر .

(وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم والتحق بغير المثلي) لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته ، ويجوز أن يلزمه قيمتها لحق الذمي كما لو استهلكها عليه (وان كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر ، والذمي نصفها

بنصف مثل الخمر اعتبار البعض بالكل،فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر ، وبالإسلام يتأكد حقه ، لا أن يبطل ، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد إنقطاعه يأخذها بقيمة الرطب ، كذا هذا .

بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل) يعني لو كان كل الشفعة للمسلم يأخذها كلها بقيمة الخمر ، فكان اذا كان نصفها له ونصفها للذمي كذلك (فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر ، وبالإسلام يتأكد حقه) لأن الإسلام سبب لتأكد حقه (لا أن يبطل) أى حقه .

(فصار) أى حكم هذه المسألة (كما اذا اشتراها) أى الدار (بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه) أى انقطاع الرطب عن أيدى الناس فانه (يأخذها) الدار (بقيمة الرطب ، كذا هذا) أى ما نحن فيه حيث يأخذ بنصف قيمة الخمر .

فان قلت كيف يعرف قيمة الخمر والخنزير . قلت ذكر في المبسوط طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو الى من تاب من فسقة المسلمين، فلو وقع الإختلاف في ذلك فالقول قول المشتري، كما لو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وفيه أيضاً . ولو أسلم المتبايعين والخمر غير مقبوض والدار مقبوضة وغير مقبوضة ينقض البيع بينهما لفوات القبض المستحق، ولكن لا تبطل في حق الشفيع . وفي الشامل اشترى بيعته تجب الشفعة فيها ، لأنها لم تصر وقفاً عند أبي حنيفة ، وعندهما أيضاً ، لأنه ليس بمباح . وقال أيضاً باع المرتد داراً ثم قيل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافاً لهما . وقال أيضاً اشترى المسلم داراً والمرتد شفيعها فقيل لا شفعة له ولا لورثته .



فصـــل

قال وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه . وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي

(فصل)

هذا الفصل مشتمل على مسائل بغير المشفوع ، وهي فرع مسائل غـــير المتغير ، فلذلك أجزأها .

(قال وإذا بنى المشتري أو غـــرس) أي قال القدوري ، أي إذا بنى في الأرض المشفوعة أو غرس فيها شجراً (ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار) أي الشفيع بالخيار (إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البنـــاء والغرس) أي مقلوعين (وإن شاء كلف المشتري قلعه) أي قلع كل واحد من البناء والغرس ولا يضمن مـــا نقض بالقلع ، وعند الشافعي ومالك وأحمد وابن أبي ليلى والشعبي والأوزاعي والبتي وسوار وإسحاق والليث يضمن له ما نقض بالقلع لعموم قوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

(وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمـــة البناء والغرس) أي قائمين على الأرض غير مقلوعين (وبين أن يترك ، وبـــه قال الشافعي) أي بقول أبي يوسف قال الشافعي وقال الكرخي في مختصره وإذا اشترى الرجل داراً وهي ساحة فبناها ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بهـــا فإن المشتري يقال له إقلع بناءك وسلم الساحة إلى الشفيـــع ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد ، وهي رواية محمد عـــن أبي يوسف وهي رواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبـــي مالك عن أبي يوسف . وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن المشتري لا يجـــبر بقلع البناء ويقال للشفيـــع خذ الدار بالثمن وقيمة البناء أو اترك ، وهو قول الحسن بن زياد انتهى.

إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء . لأبي يوسف « رح » أنه محق في البناء ، لأنه بنـــاه على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان ، وصار كالموهوب له

وقال القدوري في شرحه الخلاف في الغرس كالخلاف في البناء. وقال الإمام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ومن اشترى داراً وقبضها وهي فيهـــا بناء وغرس في الأرض أشجاراً ثم حضر شفيعها فإن القاضي يقضى له بالشفعة ويأمر المشتري بنقض البناء وقلع الأشجار التي أحدث فيها ، إلا إذا كان في قلعها نقصان بالأرض وأراد الشفيع أن يأخذها مع البناء والاغراس بقيمتها قائمة على الأرض ، غير مقلوعه وإن شاء ترك ، وبه أخـــذ الشافعي رحمه الله .

ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فإن المشترى لا يجبر على قلعـــه بالإجماع ، ولكنه ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى الشفيع، ولو جعلها المشترى مسجداً أو مقبرة يدفن فيها الموتى ، أو رباطـــاً ثم جاء الشافعي كان له أخذها وإبطال كل ما صنع المشترى فيها .

(إلا أن عنده) أي عند الشافعي (له أن يقلع ويعطي قيمة البناء) والحاصل أن عند أبي يوسف إن شـاء أخذه بقيمة البناء والغرس ، وإن شـاء ترك . وعند الشافعي له خيارات ثلاث ، اثنان ما قال أبو يوسف ، والآخران يؤمر بقلع البنـــاء ويضمن إرش النقصان والتفاوت بين قول الشافعي وقولهما في الامر بالقلع أن عنـــده يضمن نقصان القلع ، وعندهما لا يضمن .

(لأبي يوسف انه محق) أي أن المشتري محق (في البنـــاء لأنه بناه على أن الدار ملكه) كما لو بنى فيما لا شفعـــة فيه (والتكليف بالقلع من أحكام العدوان) أي الظلم ، لأنه غير متعد في الغرس والبناء ، لأنه فعل في ملكه (وصار كالموهوب له) أي صار المشتري هنا كالموهوب له إذا بنى في الارض الموهوبة فانه ليس الواهب أن يكلفه القلع ، ويرجع في الارض . وقال تاج الشريعة أي إذا بنى الموهوب له ما لا يعد زيادة

والمشتري شراء فاسداً . وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ، وهذا لان في إيجاب الاخذ بالقيمة دفـــع أعلى الضررين بتحمل الأولى ، فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن

بأن بنى دكاناً صغيراً فانه لا يمنع عن رجوع الكل ولا يؤمر بقلع ما بنى وغرس لأنه محق فيه ، فكذا المشتري (والمشتري شراء فاسداً) أى وصار كالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو غرس فيه انقطع حق البائع ويأخذ من المشتري قيمة الارض وقت القبض ، وليس له أن يقلع الاشجار والبناء ، وعلى قولهما يسترد المبيع ويقلع البناء والاشجار ، فكذا المشتري إذا بنى في المشفوع ليس للشفيع أن يقلـــع ذلك قياساً على قول أبي حنيفة لأنه محق في البناء .

(وكما إذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع) يعني الشفيع لا يكلف قلع الزراعة بالإتفاق (وهذا) أى ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (لأن في إيجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين ويتحمل الأدنى ، فيصار إليه) يعني اجتمع بينهمـــا ضروان أحدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن عليه في الاخذ مع قيمـة البناء ، والثاني ضرر على المشتري وهو ضرر قلـــع بنائه من غير شيء كما قاله أبو حنيفة ومحمد « رح » . ثم الضرر الذي يلزم الشفيع أهون من الضرر الذي يلزم المشتري ، لأنه يدخل في ملكه بمقابلة الزيادة عوض ، وهو البناء والغرس وهو القول بالقلع من غير شيء فبطل ملك المشتري بلا عوض فكان ضرر الشفيع أهون، فكان القول به أولى وهو معنى قوله فيصار إليه .

(ووجه ظاهر الرواية انه بنى) أى أن المشتري بنى (في محل تعلق به) أى بالمحل (حق متأكد للغير) أى حق لا يتمكن أحد من إبطاله بدون رضاه (من غير تسليط من جهة من له الحق) احترز به عن بناء الموهوب له وعن بناء المشتري شراء فاســداً حيث لم ينقض ، لأن بناءهما بتسليط من جهـــة من له الحق ، وهاهنا الشفيع ما سلطه على البنــــاء (فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون) حيث بنى في محل تعلق به حق

إذا بني في المرهون، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه، ولهــذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته. بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة، لأنه حصل بتسليط من جهة من لـــه الحق، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف، ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى

المرتهن من غير تسليط من جهة، أي إذا كان كذلك فينقض.

(وهذا) أي نقض البنـــاء بحق الشفيـع (لأن حقه) أى حق الشفيـع (أقوى من حق المشتري، لأنه يتقدم عليه) أى لأن الشفيـع يتقـــدم على المشتري (ولهذا) أى ولتقدمه عليه وكون حقه أقوى منه (ينقض بيعه) أى بيـع المشتري (وهبته وغيره من تصرفاته) أى ما ذكر من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة أو نحوها، فكذا تنتقض تصرفاته بناء وغرساً (بخلاف الهبة) جواب عن قياس قول أبي يوسف على الموهوب له إذا بنى في الموهوب حيث لا يكون للواهب حق قلع البنـــاء، وهو متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق، يعني أن الواهب إنما لا ينقض بناء الموهوب له لأنه حصل بتسليط فينقطع حق الرجوع بالبناء والشفيـع لم يسلط المشتري على البناء فينقضه فظهر الفرق.

(وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) عطف على قوله بخلاف الهبــة، يعني إن المشتري شراء فاسداً إنما لا ينقض البائع بناءه لوجود التسليط فيه. وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري في المشترى إنما هو قوله وأما عندهما فله الإسترداد بعد البناء كالشفيـع في ظاهر الرواية (لأنه) أى لأن البناء في الموهوب والمشترى شــراء فاسداً (حصل بتسليط من جهـــة من له الحـق) وهو البـــائع في الشراء، والواهب في الموهوب (ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف) عطف على قوله لأنه حصل، أى في الهبة والبيـع الفاسد (ولهذا) ولكون حق الاسترداد ضعيفاً فيهما (لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق) أى في حق الشفيـع (يبقى

فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق . والزرع يقلع قياساً ، وإنمــــا لا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر .

فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الإستحقاق) يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجـــاب القيمـــة على الشفيع ، لأنه بمنزلة المستحق ، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم استحق يرجع المشتري بالثمن وقيمـــة البنـاء والغرس على البـــائع دون المستحق ، فكذلك هاهنا .

وقال الكاكي قوله فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع لتأكد حقـه كما لا يجب على المستحق قيمة بناء المشتري بأن يرجع المشتري بقيمة البناء على البائع . وقال الأترازي عند قوله ولهذا لا يبقى بعد البنـــاء فيه نظر ؛ لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف ، فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ، ولأبي يوسف أن يقول هـذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد . وأجيب بأنه يكون على غير ظاهر الرواية ، أو لانه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافها .

فإن قيل لو صبغ المشتري المشفوعة بأن أجرى بها بأشياء ثم أخذها الشفيع إن شاء أعطاه ما زاد فيها ، وإن شاء ترك . والمسألة في العيون في الفرق بين البناء والصبغ . قلنا هو أيضاً على الاختلاف ، ولو كان على الاتفاق ففرق محمد فقال البناء إذا نقض لا يلحق المشتري ضرر ، لانه يسـلم له النقض ولا كذلك إذا نقض الصبغ ، إليه أشـار في الذخيرة .

(والزرع يقلع قياساً) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري ، أي القياس يقتضي أن الزرع أيضاً يقلع ، لانه يشغل ملك الغير (وإنما لا يقلع استحساناً ، لان له نهـاية معلومة ويبقى بالأجر) بتشديد القاف كما في الاجـــارة ، وبه قـال بعض أصحاب الشافعي . وعن أبي يوسف انه يبقى بلا أجر ، لان المشتري مالك الارض ، وإيجاب الاجر على المالك غير مستقيم ، وبه قال أحمد وبعض الشافعية . قلنا في إيجاب أجر

وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب
ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن ،

المثل رعاية للحقين كما في الإجارة (وليس فيه) أى في تأخير الزرع (كثير ضرر) على الشفيع ، وذلك لان فى القلع إضرار بالمشتري ، وفى التأخير إلى الادراك بتأخير حق الشفيع وضرر المتأخر دونه ضرر الابطال ، فكان بحمله أحق .

فإن قيل فلم لم يجب عن قوله لان في إيجاب الاخذ بالقيمة وقع على الضررين . أجيب بأن قوله وهذا لان حق الشفيع أقوى من حق المشتري تضمن ذلك ، لان الترجيح يدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة ، لان حق الشفيع مقدم .

(وإن أخذه بالقيمة) هذا معطوف على مقدار دل عليه التخيير ، وتقديره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة ، فإن كلفه فذاك وإن أخذه بالقيمة (يعتبر قيمته مقلوعاً) وعند أبي يوسف يعتبر قيمته قائماً على الارض كما ذكرناه (كما بيناه فى الغصب) يعني إن الغاصب إذا بنى أو غرس فى المغصوبة يؤمر بقلع البناء والغرس ، فإن كانت الارض تنقص بقلع البناء والغرس للمالك أن يضمن قيمتها مقلوعين للغاصب .

(ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) هذا لفظ القدوري ، أى ولو أخذ الشفيع الدار المشفوعة فبنى فيها بناء أو غرس شجراً ثم ظهر لها مستحق فأخذها رجع الشفيع بالثمن لا غير . وقال الكرخي في مختصره وإذا اشترى الرجل داراً فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فإن المستحق يأخذ الدار فيقال للشفيع اهدم بناءك ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء ، كأن أخذ الدار من يده ولا على البائع إن كان أخذها من يده لانه ليس بمغرور ، هو ادخل نفسه في الاخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك ، وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الاصل ، ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافاً . وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف سئل عن رجل اشترى داراً فأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار في يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء ؟ قال على الذى قبض

لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البـــائع إن أخذها منه ، ولا على المشترى إن أخذها منه . وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى، والفرق على ما هو المشهور إن المشترى مغرور من جهة البـــائع ومسلط عليه . من جهته ، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيـــع من المشترى ، لأنه مجبور عليه .

الثمن ، وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف ان الشفيع يرجـــع على المشتري بقيمة البناء (لانه تبين أنه) أى الشفيع (أخذه بغير حق ، ولا يرجـــع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذها منه) أى إن أخـــذ الدار منه (ولا على المشتري) أى ولا يرجع على المشتري أيضاً (إن أخذها منه) .

(وعن أبي يوسف أنه يرجع) بقيمة البناء والغرس أيضاً (لانه متملك عليه) أى على المشتري (قال نزل منزلة البائع والمشتري) ثم المشترى في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمته البناء ، فكذلك الشفيع (والفرق على ما هو المشهور) من الرواية (ان المشتري مغرور من جهـــة البائع وسلطه [1] عليه) أى سلط البائع على المشتري على البناء أو الغرس (ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) يعني التزم البائع سلامة المبيع عن الاستحقاق ، فصـــار المشتري مغروراً من جهة ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك على صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع ، كجارية اشتراها الكفار أجروها بدراهم ثم أخذها المسلمون فوقعت في سهم غاز فأخذها المالك القديم بالقيمة فيستولدها فجاء مستحق وأقـــام بينة أنها أمته دبرها قبل الاسر ردت عليه لانها لا تملك بالإحراز ويضمن المالك القديم ثمن العقر وقيمة الولد ، ويرجع على الغازي بقيمتها التي دفع إليها ولا يرجع بقيمة الولد والعقر ، لان المأخوذ منه مجبور على الدفع فلا يصير غاراً .

---

(١) مسلط – هامش .

قال وإذا إنهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن ، لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيىء من الثمن ما لم يصر مقصوداً

وكذا لو قسمت الدار بين اثنين فبنى أحدهما ثم استحقت حقه لا يرجع عليه بقيمة البناء ، لان كلا منهما مخير على القسمة . بخلاف الدارين فإنه لو اقتسما وبين أحدهما في دار نصيبه ثم استحقت فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء ، لانه بمنزلة البيع ، وكذا في الإيضاح والمبسوط .

(قال وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان من غير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن) قال القدورى قيد بقوله من غير فعل أحد لانه إذا هدمها المشتري فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً ، وعلى قيمة الارض ، فما أصاب الارض يأخذها الشفيع بذلك ، وكذلك لو نزع باباً من الدار فباعه هكذا ذكر الكرخي في مختصره . وقال القدوري في شرحه وأما إذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه فلم يهلك فإن الشفيع يأخذ الارض بحصتها ، فإن احترق بغير فعل أخذها الشفيع بكل الثمن ، وللشافعي قولان ، أحدها يأخذها بجميع الثمن بالبيع ، والآخر يأخذها بالحصة في الجميع (لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً) أى لا يقابل البناء والغرس . وفي بعض النسخ فلا يقابله ، أى كل واحد منهما ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وهو رواية المزني وهو الاصح .

وفي رواية البويطي والزعفراني والربيع عنه يأخذه بالحصة ، وبه قال أحمد في رواية والثوري ، وأصله أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف عندنا ، وعنده في قول يقابلها شيء من الثمن ، وعندنا البناء وصف ، ولهذا يدخل في العقد من غير ذكر ، وهذا لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف ، فكانت بمنزلة العين في الجارية ، وانها

ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرمه نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل

قال وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك

وصف ، وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن إذا كان بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة الاصل دون الوصف . والدليل على انه لم يسقط شيء من الثمن انه لو أراد أن يبيعه مرابحة يبيعه على الجميع .

فإن قلت الظرف إنما جعل وصفاً من العبد ونحوه لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصوداً ، أما هنا إيراد العقد على البناء مقصوداً جائز فيجب أن يعتبر أصلاً كالعرسة ، ويجب بمقابله شيء من الثمن . قلت إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلع ، وعند ذلك يصير أصلاً ، أما إيراد العقد عليه وهو تبع فلا يجوز ، لانه بمنزلة العين من العبد .

(ولهذا) أى ولكون البناء والغرس تابعين ، وعدم مقابلتهما شيء من الثمن ما لم يصيرا مقصودين (يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة) أى يبيع الدار المنهدمة مرابحة ، بجميع الثمن في الصورة المذكورة ، لانه لم يقابل ما انهدم من الثمن فيبيعها بجميع الثمن (بخلاف ما إذا غرمه نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته) بلا خلاف ، والتقييد بالنصف لا لإخراج غيره، لان الحكم في الثلث وغيره كذلك ، ذكره في المبسوط ، إلا أن المصنف اتبع وضع المبسوط .

وقال القدوري في شرحه وقد ادعى الشافعي على أبي حنيفة في هذه المسألة مناقضة فقال ، وقال بعض الناس إذا هدم المشتري البناء سقطت حصته ، وإن احترق لم يسقط حصته ثم ناقض فقال إذا غلب الماء بعض الارض أخذ من المشتري الباقي بحصته ، ثم قال القدوري وهذا غلط ، لان الارض ليس بعضها يتبع لبعض ، فإذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال ، والبناء تبع للأرض . فإذا سلم المشتري حصته وإن لم يسلم له يسقط (لأن الفائت بعض الاصل) فيقابله شيء من الثمن .

(قال وإن شاء ترك) أى قال القدوري وإن شاء الشفيع يترك مال الدار (لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله) يعني بعوض ، ولكن لايقدر وإذا كان بغير عوض كالإرث

الدار بماله . قال وإن نقض المشتري البنــــاء قيل الشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها ، وإن شئت فدع ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن ، بخلاف الأول ، لأن الهلاك بآفة سماوية . وليس الشفيع أن يأخذ النقض ، لأنه صــــار مفصولاً فلم يبق تبعاً

(وإن نقض المشتري البناء) أي قــــال القدوري (قيل الشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها ، وإن شئت فدع ، لانه صــــار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شــيء من الثمن ، بخلاف الاول) أي الفصل الاول وهو فصل الهلاك من غير فعل احد (لان الهلاك بآفة سماوية) يعني غير منسوبة لأحد .

(وليس الشفيع أن يأخذ النقض) بضم النون وكسرها بمعنى المنقوض ، وقيــــل بكسرها لا غير . وفي شرح الاقطع قال الشافعي في أحــــد قوليه يأخذ الانقاض مع العرصة وهذا لا يصح (لانه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً) أي صار مما يحول وينقل ، ومثل ذلك لا يتعلق به الشفعة ، وإنما تتعلق الشفعة حال الاتصال على وجه التبع ، وقد زال ذلك فلا يجوز له أخذه بغير سبب .

فإن قيل الاستحقاق يثبت له فيها حين العقد ، وكان له أخذ كل ما يتناوله عقــــد البيع قيل له الابنية تتعلق بها الشفعة حال اتصالها ، فإذا انهدمت زال المعنى الذي أوجب استحقاقها . وقــــال شيخ الاسلام في شرح الكافي وإذا اشترى داراً فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن الشفيع أن يأخذها إلا بمثل الثمن ، وكذلك لو كانت قناة أو بئراً فنضب ماؤها ، ولو هدمها المشتري قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء وأخــــذ الارض بحصتها من الثمن ، وكذلك إن كان البائع قد استهلك البناء ، وكذلك لو استهلكه أجنبي فأخذ المشترى منه القيمة .

ولو اختلفا في قيمــة البناء فقال المشترى قيمته خمسمائة وقيمة الارض خمسمائة فلك أن تأخذها بنصف الثمن . وقــــال الشفيع بل كان قيمته ألف درهم وقد سقط بهلاكه ثلثا الثمن فالقول قول المشترى ، لان الشفيع مدعى تملك الدار عليه بما يقــــول وهو

قال ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها ، ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنــه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع ، ألا ترى أنه

ينكر فالقول قوله . ولو أقـام البينة فالبينه بينة الشفيع في قول أبي حنيفة على قياس نكتة أبي يوسف رحمه الله تعالى ، أي بينة تلزمه . وعلى قيـاس محمد يجب أن تكون البينة بينة المشترى لانه لا يمكن تصوير الامرين جميعاً ، بخلاف ما إذا اختلفا في أصل الثمن ، وعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشترى لانه للزيادة .

وإن اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمة اليوم وقيمة الثمن عليها ، لانه متى كانت قيمته يوم المنازعة معلومة ، ووقت الشراء قريب منه ، والظاهر أنه هكذا يوم الشراء ، فكان الظاهر شاهداً له فيكون القول قوله .

(ومن ابتاع أرضاً) أي قال القدوري ومن اشترى أرضاً (وعلى نخلها ثمر) أي والحال أن على نخلها ثمر (أخذها الشفيع بثمرها ، ومعناه) أي معنى قول القدوري أخذهـا الشفيع بثمرها (إذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر) جملة القول فيه على ثلاثة أوجه ذكرت في شرح الكافي . أما إذا كانت الثمرة موجودة عند العقد أو حدثت بعد العقد قبل القبض ، أو حدثت بعد القبض . فإن كانت موجودة عند العقد وقدشرط في العقد ثم أكله المشتري وذهب بآفة سماوية سقط بقسطه من الثمن ، لأنه دخل في العقد مقصوداً فأخذ قسطاً من الثمن فيأخذ الأرض والنخل بمـا بقي من الثمن إن شاء . وإن حدثت بعد العقد قبل القبض اما ذهبت بآفة سماوية لا يسقط بذهابهـا شيء من الثمن ، وإن أكله هو وغيره أو وجده ولم يأكله سقط بحصته شيء من الثمن ، وكذلك إن بقي إلى وقت القبض ثم ذهب أو تناوله هو أو غيره ، وإن حدثت بعد القبض فأكلها أو ذهب بآفـة سماوية لأنه لا يسقط بإزائه شيء من الثمن وله أن يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن .

(هذا الذي ذكره) أي القدوري (استحسـان ، وفي القياس لا يأخـذه) وبه قال أحمد والشافعي فهو للمشترى فيبقى في الجذاذ كالزرع وكذا الثمرة المحدثة في يد المشترى كان له ويبقى إلى الجذاذ عندهما ، وقول مالك كقولنا (لأنه ليس بتبـع) للأرض (ألا

لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتـــاع في الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار ، وما كان مركباً فيه فيأخذه الشفيع . قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع . قـــال فإن جذه المشتري ثم جـــاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً ، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه ، فلا يأخذه .

ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار) أي فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر ، لأنه ليس بتبع ، فكذا هذا .

(وجه الإستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعـــاً للعقار كالبناء في الدار) حيث تكون تبعاً للدار باعتبار الاتصال (وما كان مركباً فيه) أي في المشفوع كالأبواب والسوار المركبة (فيأخذه الشفيـع) أي إذا كان كذلك فيأخذه الشفيـع .

(قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر) أي قال المصنف وكذلك الحكم إن اشترى الأرض والحال انه ليس في النخيل ثمر (فأثمر في يد المشترى ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيـع تبعاً لأن البيـع سرى إليـه) أي إلى الثمر (على ما عرف في ولد المبيـع) يعني إذا قدرت ولدت قبل قبض المبيعة المشتري يسرى حكم البيـع إليه فيكون المشترى كانه ، فكذلك هنا الثمر الحارث في يـد المشتري قبل قبض الشفيـع يكون للشفيـع ، لأن المشتري كالبائع منه .

(قال فان جذه المشتري) أي قال المصنف فان قطعه المشتري ، وفي بعض النسخ فان أخذه المشتري (ثم جاء الشفيـع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً) أي فصل مـــا إذا ابتاع أرضاً وفي نخلها ثمر . وفي فصل مـــا إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري (لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه) لأن التبعية كانت فيه وقد زال .

قـــال في الكتاب فإن جذه المشترى سقط عن الشفيع حصته . قال رضي الله عنـــه وهذا جواب الفصل الأول ، لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميـــع الثمن لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعـــاً ، فلا يقابله شيء من الثمن ، والله أعلم

(قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط) أي قال القدوري فان جـــذه المشتري سقط (عن الشفيـــع حصته ، قال وهذا جواب الفصل الأول) أي قال المصنف هـــذا الذي ذكره القدوري جواب الفصل الأول ، وهو ما إذا ابتاع أرضاً على نخلها ثمر (لانه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني) وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخل ثمراً ثم أثمر في يد المشتري فأخذه (يأخذ) أي الشفيـــع (ما سوى الثمر بجميـــع الثمن ، لان الثمر لم يكن موجوداً عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً ، فـــلا يقابله شيء من الثمن) وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف في قوله الأول يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني ، وفي الإيضاح ولو أثمرت في يد البائع بعـــد البيع قبل القبض فأتلفه البائع يرفع حصته ، لأن ما حدث قبل القبض له حصة من الثمر على اعتبار صيرورتها مقصودة بالقبض أو بالإتلاف . وعند الشافعي وأحمد يرفع حصتـــه من الثمن في جميع الصور (والله سبحانه وتعالى أعلم) .

* * *

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار . وإن كان مما لا يقسم . وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم ،

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب)

أي هذا باب في بيان ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب . ولما ذكر تعقب الشفعة مجملا شرع في بيانه مفصلا ، والتفصيل يكون بعد الإجمال .

(قال الشفعة واجبة) أي قال القدوري ، وأراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي يكون تاركه آثماً (في العقار) وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة . وقال الكرخي في مختصره الشفعة واجبة فى جميع ما بيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله ﷺ الدور والمنازل والحوانيت والخانات والفنادق والمزارع والبساتين والأقرحة والأرجاء والحمامات وسائر العقار إذا وقع البيع على عرصته إن كانت في مصر أو نحوه أو سواء أو غير ذلك من أرض الإسلام إذا كان ذلك مملوكاً لا يجوز بيع مالكه فيه ، فكان البيع بيعاً قاطعاً ليس فيه خيار شرط ، وإن كان فيه خيار شرط وكان الشرط المشترطة لا لبائعه ففيه الشفعة ، وإن كان لبائعه اولهما فلا شفعة فيه ، انتهى (وإن كان) أي العقار (مما لا يقسم) كالحمام والرحى والنهر والبئر والطريق .

(وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم) وبه قال مالك وأحمد في رواية وإسحاق وأبو ثور ، وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد في أخرى وابن شريح من الشافعية ، وهو قول الثوري أيضاً. ولو كان البئر واسعة يمكن أن يبني فيها ويجعل بئرين والحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين أو يمكن أن يجعل كل بيت بيتين ، أو الطاحونة كبيرة تجعل طاحونتين الكل واحدة حجران يثبت فيها الشفعة عند الشافعي على الأصح ، وبه قال أحمد وإن لم

لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم . ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء ، عقار أو ربع ،

يكن كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الأصح ، كذا في شرح الوجيز .

لهم قوله ﷺ لا شفعة في بناء ولا طريق ولا منقبة ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه ابن الخطاب . وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال لا شفعة في بئر ولا نخل . ولنا حديث جابر عنه ﷺ الشفعة في كل شيء على ما يأتي الآن . وحديث أبي الخطاب غير معروف وحديث عثمان يمكن أن يكون مذهبه إن ثبت ، والشفعة شرعت لدفع ضر سوء الجوار ، وهذا يشمل الكل .

(لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة) وهو الضرر الذى يلحق الشريك بأجرة القسام (وهذا) أى دفع مؤنة القسمة (لا يتحقق فيما لا يقسم) فلا تجب الشفعة فيه .

(ولنا قوله ﷺ الشفعة في كل شيء ، عقار أو ربع) هذا الحديث رواه اسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال : الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء . وروى الطحاوي في شرح الآثار حدثنا محمد بن خزيمة بن راشد حدثنا يوسف ابن عدي حدثنا ابن ادريس وهو عبد الله الأودي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء .

ومن جهة الطحاوى ذكره عبد الحق في أحكامه وزاد في إسناده هو القراطيسي ، يعني يزيد بن عدي . وقال ابن القطان وهو وهم منه ، ليس في كتاب الطحاوى ولكنه قلد فيه ابن حزم وقد وجدنا لابن حزم في كتابه كثيراً من ذلك ، مثل تفسيره حماد بأنه ابن زيد ويكون ابن سلمة . والراوي عنه موسى بن اسماعيل وتفسيره شيبان بأنه فروخ وإنما هو النحوى وهو قبيح . فإن صفتهما ليست واحدة ، وتفسيره داود عن الشعبي بأنه الطائي وإنما هو ابن أبي هند ، ومثل هذا كثير قد بيناه وضمناه باباً مفرداً فيما نظرنا في

إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك ، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانـــه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام ، والرحى

كتابه المحلى . والقراطيسي إنما هو يوسف يروي عن مالك بن أنس وغيره . وروى عنه الرازيان قاله أبو حاتم ووثقه ، وهو أبو زرعة ، وأما يوسف بن يزيد أبو يزيد القراطيسي فهو أيضاً ثقة جليل مصري ذكره ابن يونس في تاريخه ، توفي سنة سبع وثمانين ومائتين ، وقد رأى الشافعي ، ومولده سنة سبع وثمانين ومائة .

قوله عقار يدل مولد له شيء وقد فسرنا العقار . والربع المنزل الشتاء والصيف في الربيع . وقيل الدار . ويجمع على ربوع وأرباع وأربع ورباع . وأصله من أربع بالمكان إذا أقام بـــه . وفي الجمهرة الربع المنزل في الشتاء والصيف ، والربع المنزل في الربيع ، ويقال الربع الدار حيث كانت (إلى غير ذلك من العمومات) هذا حال من قوله ﷺ ، والتقدير ولنا قوله ﷺ كذا وكذا منتهياً إلى غيره من النصوص العامة المتناولة لما يقسم ولما لا يقسم ، والعمومات جمع عموم جمع عام وهي الأحاديث التي مرت فيما مضى .

(ولأن الشفعة سببهـــا الاتصال في الملك) أي الاتصال بين الملكين (والحكمة دفع ضرر سوء الجوار) أي الحكمة في مشروعيتها دفـع ضرر السوء الحاصل بسبب الجوار ، لأن الاتصال على وجه التأبيد والقرار لا يقرر عن ضرر الدخيل بسبب ، سوء الصحبـة وأذى المجاورة (على ما مر) في أوائل كتاب الشفعة (وانه) أى دفع ضرر سوءالجوار (ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم) قوله ما يقسم ومـــا لا يقسم تفسير للقسمين ، ويجوز أن يكون حظها من الاعراب النصب على البدلية ، ويجوز أن يكون الرفع على تقدير أحدهما ما يقسم والآخر ما لا يقسم (وهو) أى ما لا يقسم (الحمام) بتشديـد الميم واحد الحمامات المبنية ، وأصله من الحميم وهو الماء الجارى .

(والرحى)والمراد به بيت الرحى ، لأن الرحى اسم للحجر ، ومنـــه يقال رحوت الرحى ورحيتها أنا إذا أدرتها . قال الجوهري الرحى معروفة مؤنثة ، والألف منقلبة

والبئر والطريق . قـــال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة إلا في ربـع أو حائط ، وهو حجـة على مالك في إيجابها في السفن .

من الياء بقولهما رحيان ، وكل من قد قال رحاء ورحا إن وارحية مثل عطاء وعطا إن واعطيته جعلها منقلبة من الواو ، ولا أدرى ما حجته وما صحته وثلاث ارح ، والكثير ارحاء . وقال الصنعاني في مجمع البحرين يقال في تثنية الرحى رحوان كما يقال رحيان ، وتكتب بالياء والألف .

(والبئر والطريق) وكذا النهر والدور والصغار ، والحاصل أن المراد بما لا يقسم أى لا ينتفع به بعـــد القسمة الحسية مثل انتفاعه قبل القسمة ويفوت جنس الانتفاع كما في الحمام لأنه لا يحتمل التجزيء والقسمة في ذاته لأنه ما من شيء في الدنيـا إلا ويحتمل التجزيء في نفسه .

(قال ولا شفعة في العروض والسفن) أى قال القدوري في مختصره والعروض بضم العين جمع عرض ، وهو ما ليس بنقد وقد مر تفسيره من قريب ، والسفن بضمتين جمع سفينة (لقوله ﷺ لا شفعة إلا في ربع أو حائط) هذا الحديث رواه البزار في مسنده ثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ لا شفعة إلا في ربع أو حائط ، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه ، فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك . وقال لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر . والعجب من الاترازي مع ادعائه التعمق في الحديث كيف له أن ينسب هذا الحديث إلى مخرجه بل قال ولنا في صحة هذا الحديث نظر وسكت ومضى ، على أن أبا حنيفة أيضاً رواه عن عطاء عن أبي هريرة قـــال قال رسول الله ﷺ لا شفعة إلا في دار أو عقار ، أخرجه البيهقي في سننه الكبرى . والربع قد مر تفسيره ، والمراد بالحائط البستان ويجمع على حيطان .

(وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن) أي الحديث المذكور حجة على مالك في

ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به . وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل ، لأنه لا قرار له فكان نقلياً

إيجابه الشفعة في السفن فإنه قال في رواية أن الشفعة تثبت في جميع المنقولات كالحيوان والثياب والسفن ونحوها . وعن أحمد في رواية وتثبت الشفعة فيما لا يقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى . وعنه في رواية أخرى أنها تثبت في البناء والغرس أن يبيع منفرداً ، وهو قول مالك . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولا شفعة إلا في الأرضين والدور حيث لا يثبت إلا في المنقول . وقال ابن أبي ليلى يثبت في المنقول . وقال القدوري في شرحه وقال مالك يثبت في السفن أيضاً .

(ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار) أي قدر دوامه وهو بفتح الحاء وسكون السين ، وقيل يجوز بفتح السين أيضاً واختاره الجوهري حتى قال إنما يسكن للضرورة . وفي العباب وحسب بالتحريك وهو فعل بمعنى مفعول مثل نقص بمعنى منقوص . ومنه قولهم ليكن عملك بحسب ذلك ، أي على قدر عدده . قال الكسائي يقال ما أدري ما حسب حديثك ما قدر ، وربما سكن في ضرورة الشعر (فلا يلحق به) أي إذا كان كذلك فلا يلحق المنقول بغير المنقول .

(وفي بعض نسخ المختصر) أي مختصر القدوري (ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة) بفتح العين وسكون الراء وهو كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها بناء ، والجمع العراص والعرصات والأعراص ، كذا في العباب (وهو صحيح) أي المذكور في بعض نسخ المختصر وهو الصحيح (مذكور في الأصل) أي المبسوط (لأنه لا قرار له ، فكان نقلياً) أي البناء أو النخل . والشفعة إنما تجب في الأراضي التي يملك

رقابها ، حتى ان الأراضي التي جازها الإمام لبيت المال ، ويدفع إلى الناس مزارعة ، فصار أيهم فيها بناء وأشجار ، فلو بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل . وبيع البناء والشجر يجوز ، ولكن لا شفعة فيها . وكذا لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي .

وكذا إذا كانت الدار وقفاً على رجل فلا يكون للموقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار ، كذا في الذخيرة والمغني ، ولا يلزم على هذا استحقاق العبد المأذون والمكاتب الشفعة ولا ملك لهما في رقبة الأرض ، لأن استحقاقها فيهما التصرف بالبيع والشراء قام مقام الشفعة ملك الرقبة كما قال أبو حنيفة فالشفعة للمشتري الذي له الخيار إذا بيعت دار بجنب تلك الدار المشتراة ، مع انه لا يقول اما الملك . وعند الثلاثة لا شفعة لشركة الوقف وإن كان الموقوف عليه معيناً . وفي المشتري الذي له الخيار يثبت له الشفعة كما سيجيء إن شاء الله تعالى .

(وهذا بخلاف العلو) أى عدم وجوب الشفعة في البناء ، بخلاف العلو (حيث يستحق بالشفعة) أى صاحب السفل يأخذه بالشفعة . وقال الكرخي في مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وجبت فيها الشفعة بيعاً جميعاً أو كل واحد منهما على انفراده وقال أبو يوسف إن وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان، روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وقال القدورى في شرحه أما إذا بيعا جميعاً فلا شبهة فيه ، لأنه باع العرصة بحقوقها لتعلق الشفعة بجميع ذلك ، وأما إذا باع السفل دون العلو لقوله ﷺ لا شفعة إلا في ربع ، ولأن المساوي يخاف فيها على وجه الدوام . وأما العلو فلأنه حق متعلق بالمنفعة على التأبيد وهو كنفس البقعة ، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو في العلو .

وكان القياس أن يجب فيه الشفعة لأنه لا يبقى على وجه الدوام ، وإنما استحسنوا لأن حق الوضع متناجد [1] فهو كالعرصة ، وقد قال محمد في الزيادات ان العلو إذا انهدم

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الاصل .

ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بماله من حق القرار التحق بالعقار . قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء

ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند أبي يوسف ، ولا شفعة عند محمد ، فأجرى أبو يوسف حق الوضع وإن لم يكن هناك بناء مجرى الملك ، لأنه حق ثابت على التأبيد كنفس الملك . وذكر محمد « رح » في الزيادات أن من باع علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع ، ولم يحك خلافاً . قال ابن شاهر به هذا ينبغي أن يكون قوله خاصة ، وأما على قول أبي يوسف فيجب أن لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع ، ألا ترى أنه أجراه مجرى العرصة في إيجاب الشفعة ، الكل من شرح القدوري .

(ويستحق بـه الشفعة في السفل) أي بالعلو الشفعة في السفل بالجوار ، وليس بشريك إذا لم يكن بطريق العلو في السفل ، كذا في الإيضاح (إذا لم يكن طريق العلو فيه) أي في السفل ، وهذا لبيان ان استحقاق الشفعة فيه بسبب الجوار لا بسبب الشركة ، وليس لبيان أن الشفعة لا تجب إذا كان طريق العلو فيه ، بل تجب الشفعة ثمة أيضاً لكن بسبب الشركة لا بالجوار ، حتى يكون مقدماً على إيجار الملازق .

ألا ترى إلى ما نص الكرخي في مختصره وقال لو ان رجلاً له علو في دار وطريقه في دار أخرى إلى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولى بالشفعة ، انتهى ، وذلك لأنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جاز ، والشريك في الطريق أولى من الجار . ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأن كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار ، فوجب التساوي في الشفعة ، كذا ذكره القدوري (لأنـه بما له من حق القرار التحق بالعقار) أي لأن العلو الذي له حق التعلي التحق بالعقار فتجب فيه الشفعة .

(قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء) وبه قال مالك والشافعي ، وأكثر أهل العلم. وقال أحمد وابن أبي ليلى والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز لا شفعة للكافر على مسلم . ولنا ما أشار إليه بقوله واحتجوا بما رواه الدارقطني عن أنس أنه ﷺ قال لا شفعة لكافر على مسلم ، أشار إليه بقوله (للعمومات) أي بعمومات الأحاديث التي مر ذكرها .

للعمومات ، ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ، ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى، والصغير والكبير ،

وحديث الدارقطني غريب لم يثبت ، ولا يعارض بعموم قولـــه سبحانه وتعالى ﴿ ولن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ، لأن المراد نفي السبيل حكماً لا حقيقة ، ونفي السبيل بالإسترقاق يراد بالإجماع فلا يراد غيره ، لأن المقتضى لا عموم له .

(ولأنهما) أي المسلم والذمي (يستويان في السبب) وهذا اتصال الملك (والحكمة) وهي دفع الضرر (فيستويان في الاستحقاق) أي في استحقاق الشفعة (ولهـــذا) أي ولأجل ما ذكرنا من الاستواء في السبب والحكمة والاستحقاق (يستوي فيـــه) أي في الاستحقاق (الذكر والأنثى ، والصغير والكبير) وفي المبسوط قال ابن أبي ليلى لا شفعة في الصغير ، يروى هـــذا عن النخعي والحارث العكلي ، لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري .

وليس للولي الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ لعامة العمومات . ولأن سبب الاستحقاق والشركة والجوار فيستوي فيه الصغير والكبير ، والصبي محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني الحال ، وإن لم يكن في الحال والولي يملك الأخذ كالرد بالعيب نظراً له ، وإنما لم يملك العفو لأن فيه إسقاط حقه وفيه ضرر . وفي المبسوط يثبت حق الشفعـة للحمل الذي لم يولد ، لأنه من أهل الملك بالإرث ، حتى لو وضعت الحبلى حملها وقـد ثبت نسبة شرك الورثة في الشفعة ، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر . وكذا لو كان من أهل البدع له الشفعة عند العامة كالفاسق بالأعمال . وعن أحمد لا شفعـــة لغلاة الروافض الذي يحكم بكفرهم ، لأنه لا شفعة لكافر على مسلم .

وقال الكرخي في مختصره فأهل الإسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والأحرار والمكاتبون والمعتق بعضـــه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء . وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك سواء ، والخصماء فيما يجب على الصبيان آباؤهم فإن لم يكونوا فأوصيـــاء الآباء ، فإن لم يكونوا فالأجداد من قبـــل الأب ، فإن لم يكونوا فأوصيـاء الأجداد ، فإن لم

والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً . قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة ، لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمته على ما مر . قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً

يكونوا فالإمام والحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم ، وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة أيضاً سواء .

(والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً) قيد بقوله إذا كان مأذوناً ، لأنه إذا لم يكن مأذوناً فلا شفعة له ، وإذا كان بائع الدار غير المولى يستحق المأذون الشفعة بلا خلاف . وإذا كان البائع مولاه يأخذ بالشفعة أيضاً إذا كان عليه دين ، كذا في المبسوط ، وقياس قول الثلاثة أن يأخذ كما لو لم يكن عليه دين .

(قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) أي قال القدوري ، قيد بقوله بعوض لأنه إذا ملكه بالهبة والصدقة والوصية والإرث لا شفعة له عند عامة أهل العلم منهم الأئمة الثلاثة . وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة أو هبة فيه الشفعة ، وبه قال ابن أبي ليلى ويأخذ الشفيع بقيمته . وقيد بقوله هو مال احترازاً عما إذا لم يكن مالاً كالبينة ، فإن البيع باطل فلا شفعة فيه (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة) فيما لا مثل له كالمكيل والموزون والمقدور المتفاوت (أو قيمته) أي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت آحاده (على ما مر) في فصل ما يؤخذ به المشفوع بقوله ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته . وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله .

(قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها) أي قال القدوري ، وذلك بأن جعل الدار صداقها فلا شفعة فيها ، لأن سببها غير السبب بسبب ويملك به التملك (أو يخالع المرأة عليها) بأن تعطي المرأة الدار لزوجها لتخالع عليها (أو يستأجر بها داراً)

أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً ، لأن الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع ، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده

بأن يجعل الدار أجرة للدار المستأجرة (أو غيرها) أي أو يستأجر بها غير الدار ، بأن جعلها أجرة عبد أو حانوت أو رحى (أو يصالح بها عن دم عمد) بأن يجعل الدار بدل الصلح عن دم العمد (أو يعتق عليها عبداً) بأن قال لعبده أعتقتك على هذه الدار (لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا) أراد به قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع ... إلى آخره . فإن قلت أليست الغنيمة حصلت بذلك حتى ذكر قوله لأن الشفعة ... إلى آخره ، وهذا تكرار . قلت لأن هذا دليل مستقل ذكره استظهاراً وإن كان الاول كافياً .

(وهذه الأعواض) في تزوج الرجل على الدار وخلع المرأة عليها وجعلها أخذه في الإجارة وعوض الصلح عن دم العمد والعتق عليها (ليست بأموال ، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع) وبه قال أحمد في الظاهر والحسن والشعبي وأبو ثور وابن المنذر .

(وعند الشافعي تجب فيها الشفعة) أي في هذه الأشياء ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ابن حامد عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحارث العكلي ، ثم اختلفوا بكم يأخذه، فقال مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذه بقيمة النقص ، لأنا لو أوجبنا عليه مهر المثل لتقومنا البضع على الأجانب . وقال الشافعي وأبو حامد والعكلي أخذه بالمهر في التزوج والخلع والمتعة ، بأن صالح على متعتها لأن البدل فيها الأمثل له ، فيأخذ بقيمة البدل وهي المهر (لأن هذه الاعواض متقومة عنده) أي عند الشافعي ، إذ التقويم حكم شرعي شرع لجعل هذه الاشياء مضمونة لهذه الاعواض . وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء .

فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة ، لأنه لا عوض فيها رأساً ، وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً أوما يضاهيه ، لأنه لا شفعة عنده إلا فيه . ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة . وكذا الدم والعتق غير متقوم ، لأن القيمة

وكذا المنافع عنده متقومة كالاعيان ، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فيأخذ بقيمته وهو مهر المثل ، كما لو اشترى بعبد وهو معنى قوله (فأمكن الاخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها) أي بمثل هذه الاشياء، فيأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق (كما في البيع بالعرض) بأن باع الدار بالعرض فإن الشفيع فيه يأخذ بالقيمة لتعذر المثل .

(بخلاف الهبة ، لانه لا عوض فيها رأساً) يعني بالكلية والشفعة لا يكون إلا فيما فيه عوض (وقوله يتأتى) أي قول الشافعي يتحقق (فيما إذا جعل شقصاً) أي نصيباً (من دار مهراً) إذ لا شفعة عنده في العقار إلا في الشقص (أو ما يضاهيه) أي أو جعل ما يضاهي المهر ، أي يشابهه بأن جعل شقصاً من الدار بدل الخلع أو الاجرة أو بدل الصلح أو بدل العتق (لانه لا شفعة عنده إلا فيه) أي لان الشأن لا شفعة عند الشافعي إلا في الشقص من العقار ، لانه لا يرى الشفعة بالجوار .

(ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها) أي غير منافع البضع (بعقد الاجارة ضروري) اثابة لخطر المحل وصوناً لهذا العقد عن السببية بالإباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة (فلا يظهر) أي التقوم (في حق الشفعة) لان الضروري يتقدر ولوبقدر الضرورة .

(وكذا الدم والعتق غير متقوم) إنما أفردهما بالذكر لان تقومهما أبعد ، لانهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم ، واستدل على ذلك بقوله (لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى

ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ، ولا يتحقق فيهما .
وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لهـــا الدار مهراً ، لأنه بمنزلة
المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضع . بخلاف مـــا إذا باعها
بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال .

الخاص المطلوب) وهو المالية ، لأن القيمة إنما سميت بها لقيامها مقام الغير ، وإنمـا تقوم مقام الغير باعتبار المالية لا بغيرهـا من الأوصاف كالجوهرية والجسمية وغير ذلك ، ولا مالية في الدم والعتق .

فإن قلت الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى ، وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد ويضمـنان بالقيمة . قلت بل المعنى الخاص منها الماليـــة لكن طريق الإنتفاع يختلف فينتفع بالدار والسكنى . وفي الغلام بالخدمة واختلاف طرق الانتفاع لا ينافي كون المعنى الخاص من المشفع به هو المالية ، والدليل عليه أن من أتلف ثوب إنسان أو قلع بناء دار إنسان يضمن قيمتها ولا ذلك إلا باعتبـار المالية ، وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للبس .

(ولا يتحقق فيهما) أي لا يتحقق المعنى الخاص المطلوب في الدم والعتق ، لأن العتق اسقاط وإزالة الدم ليس لحق الإستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به ويدخر (وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً) أي لا يجب فيها الشفعة ، وهذا لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونها مقابلا بالبضع (لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه) أي في كون المفروض بعد العتق (مقابلا بالبضع) يعني انهما جعلا هذه الدار مهراً فيكون مقابلة البضع فيكون مبادلة مال بما ليس بمال ، فلا يجري فيها الشفعة .

فإن قلت هذا معاوضة بمهر المثل لأنه لما وقع التزوج بغير مهر وجب مهر بمال فيجري فيها الشفعة . قلت إنهما جعلا الدار مهراً لا بدلاً عن مهر المثل ، ولا بد للمبادلة من جعل أحد الشيئين بدلاً والآخر مبدلاً منه ، والعين مبدل فلا يكون بدلاً .

(بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى) يعني يجب فيه الشفعة (لأنـه مبادلة

ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه ، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل، فكذا في التبع ، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة ، حتى أن المضارب إذا باع داراً

مال بمال) لا محالة . وفي شرح الكافي ولو صالحها من مهرها على الدار أو صالحها عليه مما يجب لها المهر فللشفيع فيها الشفعة ، لأنه حينئذ يكون عوضاً عن المهر فيكون تبعاً حقيقة . وقال في الشامل صالحه على دار من جراحة خطأ تجب الشفعة ، لأن الواجب المال .

فإن قلت كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل . قلت جاز أن يكون معلوماً عندهما ، ولأنه جهالة في الساقط فلا يفضي إلى المنازعة فلا يفسد البيع .

(ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة) هذا في مسائل الأصل ، ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري ، قوله في جميع الدار ، أي شيء منها (وقالا تجب في حصة الألف) أي يقسم الدار على مهر مثلها وألف درهم فما أصاب الألف تجب فيه الشفعة ، وبه قال أحمد (لأنه مبادلة مالية في حقه) أي فيما يخص الألف (وهو يقول) أي أبو حنيفة (معنى البيع فيه تابع) النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح) لكون المقصود وهو النكاح (ولا يفسد بشرط النكاح فيه) أي لو كان البيع أصلاً يفسد بشرط النكاح ، كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجي نفسك مني (ولا شفعة في الأصل) وهو نفس الصداق (فكذا في التبع) وهو البيع .

(ولأن الشفعة) دليل آخر وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة ، وأما أن تكون هي المقصود فممنوع . ووجهه أن الشفعة (شرعت في المبادلة المالية المقصودة) وهنا المقصود هو النكاح دون مبادلة المال بالمال (حتى أن المضارب إذا باع

وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه . قال أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة . قـــال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح ، أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها ، لأنه إذا صالح عليها

داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح) بأن كان رأس المال ألفـــاً فاتجر وربح ألفاً ثم اشترى بالألفين داراً في جوار رب المـــال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حق المضارب من الربح (لكونه تابعاً فيه) أي لكون الربح تابعاً لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لأن المضارب وكيل رب المال في البيع، وكل من بيع له لا تجب الشفعة له ، فكذا لا تجب في البيع .

وفي الإيضاح والمغني فلو باع المضارب داراً عن المضاربة ورب المال شفيعها لا شفعة، سواء كان في الدار ربح أو ضر ، وهذا بخلاف ما لو اشترى داراً ورب المال شفيعهـــا أخذها رب المال وإن وقع الشراء له ولكن في الحكم كأنه مال ثالث . ألا يرى انه يقدر أن ينزعه من يده . وفي شرح الكافي ولو باع المضارب داراً من غير المضارب كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة ويكون له خاصة لأنه جار بدار المضاربة . ولو باع رب المال داراً له خاصة والمضاربة شفيعها بدار المضاربة ، فإن كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لأنه جار بقدر نصيبه ، وإن لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانـــه ليس لها بجار .

(قال أو يصالح عليها بإنكار ، فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) أي قال القدوري ، اى أو يصالح على الدار . والقدوري عطف هذا على قوله أو يعتق عليهـــا عبداً ، وهذه المسألة مختلفة الألفاظ في النسخ ، والخطأ فيها من الناسخ ، كذا في شرح الأقطع ، ولهذا قال صاحب الهداية (قـــال هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر) أي القدوري (والصحيح أو يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لأنه إذا صالح عليهـــا

بإنكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه . وكذا إذا صالح عنهـــا بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعـــاً لشغب خصمه . كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي ، وإنما استفاده بالصلح

بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه) يعني أن المدعي عليه ينكر مبادلة المال بالمال ، ويزعم أنه بقي عليه قديم ملكه ، وإنما بذل المال لدفع الخصومة .

بيان ذلك أنه إذا صالح عليهـــا يجب فيها الشفعة ، سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت ، لأن في زعم المدعي أنه يأخذها عوضاً عن حقه . وكذا المدعى عليه يعطيها عوضاً عن المال الذي يدعى عليه فتجب الشفعة ، لانه مبادلة مالية مقصودة، بخلاف ما إذا صالح عنها بانكار حيث لا تجب فيها الشفعة ، لأن في زعم المصالح أن الدار ملكه ، وإنما دفع المـــال افتداء ليمينه فلم يملكها بعوض ، فكذا إذا صالح منها بسكوت فلا تجب الشفعة أيضاً ، لانا لا نعلم أنه يملكها بعوض الجوار انه دفع المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب الخصم ، فلا تجب الشفعة بالشك . وهذا بخلاف ما إذا صالح عنها باقرار حيث يجب فيها الشفعة ، لانه مقر به ملكها بالمال المصالح عليه . ألا ترى انهم قالوا لو استحق المصالح عليه ، والصلح مع سكوت رجع المدعي بالدعوى . ولو كان الصلح مع إقرار بالدار فبان الفرق بينهما .

(وكذا إذا صالح عنها بسكوت) لانه ، أي وكذا لا شفعة فيما إذا صالح عن الدار بسكوت (لانه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه) قال السغناقي في العباب الشغب بسكون الغين المعجمة يهيـــج الشر ، لا يقال شغب يعني بالتحريك . وافتداء وقطعاً منصوبان على التعليل (كما إذا أنكر صريحاً) حيث لا شفعة فيه .

(بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار لانه معترف بالملك للمدعي) لانه مقر بأنـــه ملكها بالمال المصالح عليه وقـــد مر التحقيق مستوفى (وإنما استفاده) أي الملك (بالصلح ، فكان مبادلة المالية) فوجبت فيه الشفعة (أما إذا صالح عليها) أى على

فكـــان مبادلة مالية . أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك ، لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال ولا شفعة في هبته لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط ، لأنه بيع انتهاء .

الدار (بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك) أي في الاحوال الثلاث (لانه) أي المدعي (أخذها) أي أخذ الدار (عوضاً عن حقه في زعمه) أي في زعم المدعي (إذا لم يكن) أي العوض (من جنسه حقه) أي من جنس حقه قيد به لانه إذا كان من جنس حقه بأن صالح على بيت من داره فانـــه أخذ عين حقه فلا يكون معاوضة وقـــد مر في الصلح فلا تجب الشفعة (فيعامل بزعمه) أي بزعم المدعي بفتح الزاي وضمها ، يقال زعم زعماً وزعما ، أي قال من باب نصر ينصر . وأما زعم بكسر العين معناه طمع فمصدره زعم بالتحريك .

(قال ولا شفعة في هبته) أي قال القدوري لا شفعة في هبته ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وابن أبي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب ، وكذا عندهما الشفعة في الصدقة بالقيمة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله بخلاف الهبة ، لانه لا عوض فيهـــا رأساً (إلا أن تكون بعوض مشروط) في عقد الهبة (لانه) أي لان عقد الهبـــة بشرط العوض (بيع انتهاء) لانه هبة ابتداء .

واعلم أن الهبة على عوض ، فان كان وجد فيه التقابض وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة فيه . وقال زفر تجب الشفعة بالعقـــد كما ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي بقوله قالت الثلاثة وهذا بناء على أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند زفر ، وعندنا تبرع ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجبر على التسليم . ولا يملك قبل القبض ولا يصح في المشاع ولا تثبت فيه الشفعة ، فاذا تقابضا إلا أن يثبت أحكام البيع ، وصورته أن يقول وهبت هذا الملك على أن تعوض كذا . وأجمعوا على أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا إنه بيع ، كذا في المختلف .

ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعـــاً ، لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد ، لأن كل واحد منهما هبة مطلقة ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع . قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع ، لأنه يمنع زوال الملك عن البائع . فإن سقط الخيار وجبت الشفعة ، لأنه زال المانع عن الزوال

(ولا بد من القبض) أي في العوضين (وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لانه هبة ابتداء) فالشيوع يمنعها (وقد قررناه في كتاب الهبة) بشرط العوض انها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء في كتاب الهبة (بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد) يعني لا تثبت الشفعة حينئذ أصلاً لا في الموهوب ولا في العوض (لان كل واحد منهما) أي من الهبة والعوض (هبة مطلقة) عن العوض ، لان الاول هبة أثيب عليها ، والثاني أمر في إبطاله حق الرجوع لا أن يكون عوضاً عن الاول حقيقة . ولهـــذا لو أعطى عشرة دراهم لمن أعطاه درهماً عوضاً عن ذلك جاز . ولو كان عوضاً لم يجز لانه يكون ربا فلا تثبت الشفعة . بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لانه يصير تبعاً من كل وجه عند القبض ، لانه مشروط أيضاً فيثبت أحكام البيع .

فان قلت انه هبة ابتداء ويصير بيعاً بالقبض ، فلا يكون نظير المقبوض . قلت نعم ولكن الشفعة تتعلق بالبناء ، فمن هذا الوجه يصير مثل المقبوض فتجب الشفعة بطريق الدلالة . (إلا انه أثيب منها فامتنع الرجوع) أي الا أن الواهب عوض من الهبة فامتنع رجوعه عنها ، لان امتناع الرجوع لمكان التعويض فلا يصير به تبعاً .

(قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) أي قال القدوري (لأنـــه) أي لأن خيار البائع (يمنع زوال الملك عن البائع) والشفعة تجب بخروج البيع عن ملك البائـــع ، فصار كالإيجاب بلا قبول (فإن سقط الخيار وجبت الشفعة ، لأنـــه زال المانع) وهـــو عدم خروج المبيع عن ملك البائع بواسطة الشرط (عن الزوال) أي زوال الشفعـــة .

ويشترط الطلب عند سقوط الخيار، في الصحيح لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك . وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

وقال تاج الشريعة ، أي زوال ملك البائع أراد أنه زال ملك البائع فوجبت الشفعة لتعلقها به . وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي ، ولو كان الخيار لهما جميعاً فلا شفعة فيها أيضاً لأجل خيار البائع . ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها أيضاً ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط لنفسه ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته ، لأن البيع من جهة الشفيع تم فصار كأنه باع . وإن فسخ فلا شفعة له أيضاً ، لأن ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع ، أو يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة . وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جار البيع لا شفعة له ، لأن البيع تم بضمانه فلا شفعة له لأنه نزل منزلة البائع . ولو أن المشتري اشترى داراً وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة .

(ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) احترز به عن قول بعض المشايخ أنه لا يشترط الطلب عند وجود البيع ، لأنه هو السبب ، والأصح أنه يشترط عند سقوط الخيار (لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك) أي عند سقوط الخيار ، أراد سبباً هو علة ، لأن البيع بشرط الخيار قبل انقضاء المدة سبب يشبه العلة ، وليس بعلة . وإنما يصير علة عند سقوط الخيار فيشترط الطلب عند ذلك كما في البيع البات يشترط الطلب عقبه .

(وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) هذا أيضاً من ألفاظ القدوري وجبت الشفعة (لأنه) أي لأن خيار المشتري (لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق) وبه قال أحمد في وجه والشافعي في قول ، وهو رواية المزني . وفي شرح الوجيز وهذا هو الأصح

والشفعة تبتني عليه على ما مر ، وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيـــار للشفيع ، لأنه يثبت بالشروط وهو للمشتري دون الشفيع . وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة ، أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي

عند عامة الأصحاب . وقال أحمد في ظاهر مذهبه والشافعي في قول لا تسقط الشفعـــة لشفعته إلا بعد سقوط خيار المشتري كما في خيار البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول مالك في الحلية واختاره أبو اسحاق المروزي من أصحابنا ، وهو رواية الربيـــع . قيدنا بالاتفاق لأن الإختلاف هل يدخل في ملك المشتري ، أو لم يدخل فعندهما يدخـل خلافاً لأبي حنيفة ، وقد عرف في موضعه (والشفعة تبتنى عليه) أي على زاول الملـــك (على ما مر) في أول باب الشفعة وهو قوله والوجه فيه إنما تجب الشفعة إذا رغب البائع من ملك الدار ... إلى آخره .

(وإذا أخذها في الثلاث) أي إذا أخذ الشفيع الشفعة في مدةالخيار التي هي الثلاث، وقيد بالثلاث ليكون على الاتفاق (وجب البيع لعجز المشتري عن الرد) وإنما ذكرناهذا لأن المشتري بخيار الشرط لو رد المبيع بحكم الخيار قبل الأخذ بالشفعة لم يثبت البيـــع وينفسخ من الأصل ، فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة ، لأن هذا ليس بالإقالة هل انفسخ من الاصل ، فكان السبب منعدماً في حقه من الاصل إليه أشار في المبسوط (ولا خيار للشفيع) أي لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع ، وإن كان انتقـــال إضافة الضعف من المشتري إلى الشفيع (لانـــه ثبـت بالشرط) أي لان الخيار ثبت بالشرط ، كإسمه (وهو) أي الخيار كان (للمشتري دون الشفيـــع) أي لم يكن للشفيع فلا يثبت له.

(وإن بيعت دار إلى جنبها) أي إلى جنب الدار المشفوعة (والخيار لاحدهما) أي والحال أن الخيار لاحد المتعاقدين (فله الاخذ بالشفعة) أي الخيار للبائع فالشفعة له،وإن كان للمشتري (أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) حتى إذ الخيار منع خروج

يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده .

ملكه ، فإن أخذها بالشفعة كان نقصاً لبيعه ، لانه قدر ملكه وإقدام البائع على مـــا يقدر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع ، لانه لو لم يجعل نقضاً لبيعه ملكاً إذا جاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فيتبين أنه أخذ الشفعة بغير حق .

(وكذا إذا كان للمشتري) أي وكذا الحكم إذا كان الخيار للمشتري يعني له الاخذ بالشفعة (وفيه إشكال) أي وفي ثبوت الخيار للمشتري إشكال وهو أنه لا يثبت لـــه الملك عنــد أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة ، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله حيث قال إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع ، وها هنا نقول بقولنا خذ الشفعة وهو مستلزم للمالك وحل الاشكال إن طلب الشفعة يدل على اختياره الملـك فيها ، لان ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلـك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً .

فإن قلت الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة يكون بطريق الإسناد فيثبت من وجـه دون وجه . قلت نعم إذا انعقد الإجماع على الاستناد وها هنا ليس كذلك فإن عنـــده يثبت الملك بطريق الاقتضاء . وعندهما يكون الملك للمشتري فصار الملك مجتهداً فيـــه فيثبت قطعاً ، بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار ثم بيعت داراً بجنبها ثم أجاز البائع وقت البيـع ، وإجازة البيـع دليل إعراضه عن الشفعة . فلو أخذ المشتري يكون حق الشفعـة بملك الغير . وأما في مسألتنا فيملك نفسه فافترقا .

(أوضحناه في البيوع فلا نعيده) أوضحنا الاشكال في البيوع . قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها ... إلى آخره . وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك ، لان الجواب يتضمن السؤال . وقيـل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز إن كان أوضحه في بيوع كفاية المنتهي .

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيـــع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطـــال فكيف بدلالته . ثم إذا حضر شفيـــع الدار الأولى له أن يأخذهـا دون الثانية لانعـدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها .

(وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع) أي وإذا أخذ المشتري المبيعة كان إجازة منه للبيع الذي كان له فيه الخيار (بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) أي بخلاف ما إذا اشترى المشتري الدار الاولى والحال أنه لم يرها (حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبهـــا بالشفعة ، لان خيار الرؤية لا يبطل) خياره (بصريح الإبطال) قبل وجود الرؤية ، لان بطلانه موقوف على وجودها (فكيف بدلالته) أى فكيف يبطل خيـــار الرؤية بدلالة الإبطال ، لان ما لا يبطل بالصريح فبالدلالة الاولى أن لا يبطل .

(ثم إذا حضر شفيع الدار الاولى فله أن يأخذها دون الثانية) يعني إذا اشترى داراً بشرط الخيار ولها شفيع ثم بيعت داراً أخرى بجنبها ثم حضر الشفيع فله أن يأخـــذ الاولى بالشفعة دون الثانية ، لانه إنما يكون له الشفعة في الثانية بسبـــب الجوار بالدار الاولى ولم يكن له جوار بالدار الاولى حين بيعت الثانية ، لانه ما كان يملكها حينئـــذ ، وإنما حدث له جوار بعد ذلك ، وإنما يأخذ الاولى فحسب ، لانه كان جارها حين بيعت إلا إذا كان له دار أخرى بجنب الدار الثانية ، فحينئذ يأخذ الدارين جميعاً بالشفعـــة (لانعـــدام ملكه في الاولى) أي ملك الشفيع الذي حضـــر في الدار الاولى (حين بيعت الثانية) لانه إنمـــا يتملك الآن فلا يصير بها جـــاراً للدار أوشريكـــاً من وقت العقد .

(قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها) أي قال القدوري ابتاع أى اشترى فيها ، أى في الدار المشتراة شراء فاسداً ولا خلاف فيها للفقهاء . وفي الذخيرة هذا إذا

أما قبـــل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فـلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح ، لأنه

وقع البيع فاسداً في الإبتداء ، أما إذا وقع صريحاً ثم قد فسد بقي حق الشفعـــة كما لو اشترى النصراني داراً بخمر فلم يتقابضا حتى سلما أو أسـلم أحدهما ، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر ، فإن البيع يفسد وللشفيع أن يأخذها بالشفعة (أما قبل القبض لعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد) أى هو ثابت بأمر الشرع بلا اختيـار من الشفيع فلا تثبت الشفعة مع أن الفسخ ثابت من جهـــة الشرع يكون الشارع أمر بتقرير أمر قدأمر برفعه هذا مناقضة ظاهرة ، والشارع يتعالى عن مثل ذلك .

فإن قلت ينبغي أن لا ينعقد البيع الفاسد إذ في انعقاده تقرير من الشارع هذا العقدمع أنه أمر برفعه فيكون تناقضا . قلت تخلل هنا فعل اختياري وهو إقدام البائـــع على البيع وجاز أن يؤخذ فعل حرام ، ويترتب عليه أحكام كما إذا وطىء امرأته في حالـة الحيض يثبت نسب الولد مع حرمة الفعل . وقلنا أن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض ، إذ لو ثبت الملك يلزم للبائع تسليمه وهو مأمور بنقضه فيلزم التناقض فيثبـــت الملك بالقبض لإضافة الملك إلى فصل اختياري وهو القبض . وقلنا أن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض يوجب القيمة دون الثمن أن وجوب الثمن يثبت ذلك العقـــد فيؤدي إلى تقرير الفساد .

(وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) فإن قلت بيع المشتري بالشـراء الفاسد يصح ، وهو تقرير الفساد أيضاً . قلت التقرير هنا يضاف إلى الشارع لانـــه هو السبب لهذا الحق ، ولا كذلك ثمة ، لانه يضاف إلى العبد (بخلاف ما إذا كان الخيـــار للمشتري في البيع الصحيـح) حيث تجب الشفعة مع احتمال الفسخ (لانه) أى لان

صار أخص به تصرفاً ، وفي البيع الفاسد ممنوع عنه ، قال فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه .

المشتري (صار أخص به تصرفاً) يعني صار المشتري أخص بهذا البيع بالتصرف وإن احتمل البيع الفسخ ، وإنما صار أخص لانه حق الفسخ له دون البائع ، فباعتبار كونه أخص تحقيق الضرر للشفيع فتثبت له الشفعة ، بخلاف البيع الفاسد ، لان المشتري منع عن التصرف فلا يتضرر الشفيع ، فلا يثبت له الشفعة لثبوتها بخلاف القياس لدفع الضرر ، أشار إليه بقوله (وفي البيع الفاسد ممنوع عنه) أي وفي البيع الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف كما بينا ولا خلاف فيه للفقهاء .

قال الاترازي وفي هذا الفرق نظر عندي ، لان لقائل أن يقول لا نسلم أن المشتري شراء فاسداً ممنوع عن التصرف ، ولهذا إذا باع بيعاً صحيحاً لا يكون لبائعه حق القبض . قلت الفرق صحيح والنظر غير وارد ، لان بيع المشتري شراء فاسداً بعقد صحيح لا يدل على أن له التصرف ، لان تصرفه محظور وقد يترتب على المحظور من الاحكام ، كما لو وطىء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الاول ولا يلزم من صحة عقده وعدم تمكن البائع من نقضه أن لا يكون ممنوعاً من التصرف فافهم .

(قال فإن سقط حق الفسخ) أي قال المصنف فإن سقط حق الفسخ للبائع في البيع الفاسد بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة رحمه الله ، وبالبيع من آخر بالاتفاق (وجبت الشفعة) أى ثبت (لزوال المانع) وهو حق الفسخ للبائع ، وإن اتخذها المشتري مسجداً فعلى هذا الخلاف ، وقيل ينقطع حقه إجماعاً (وإن بيعت دار بجنبها) ذكر هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري ، أي بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً (وهي في يد البائع) أى والحال أن الدار المشتراة في يد البائع ولم يسلمها للمشتري (بعد فله الشفعة لبقاء ملكه) أي فللبائع الشفعة لبقاء ملكه ، لانه لم يخرج عن ملكه بالبيع الفاسد .

وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع ، بخلاف ما إذا سلم بعده، لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط ،

(وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها ، لان الملك له) أى وإن سلم البائع الدار المشتراة بالشراء الفاسد إلى المشتري فالمشترى شفيعها لان الملك له ، أى للمشترى لا يقال في ذلك تقرير الفاسد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد ، لانا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة ، بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثمة لا ينقل الشراء الفاسد من المشترى إلى الشفيع بوصف الفساد . وفي ذلك تقريره فلا يجوز .

فإن قيل الملك وإن كان للمشترى وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة، لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شراء فاسداً، فإن بقاء ذلك منع للشفيع من أخذ المشتراة بالشراء الفاسد . أجيب بأن ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع من الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها ، وامتناع الشفيع من الاخذ في تلك المسألة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ها هنا على ما ذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه شراء فاسداً .

(ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته) أى إن سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشترى قبل حكم القاضي بالشفعة للبائع بطلت شفعة البائع لزوال ما كان يستحقها به (كما إذا باع) أى كما إذا باع البائع الدار (بخلاف ما إذا سلم بعده) أى بعد الحكم بالشفعة للبائع (لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط) أى لان بقاء ملك البائع وهو ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد

فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا . قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، لأن القسمة فيها معنى الإفراز ، ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة قال وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط

الحكم بها ليس بشرط (فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه) أى الدار المشفوعة بالشفعة (وإن استردها البائع) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد (من المشترى قبل الحكم بالشفعة له) أى للمشترى (بطلت) أى شفعة المشترى صورته بيعت دار بجنب الدار المشتراة بالشراء الفاسد والدار في يد المشتري وطلب الشفيع الشفعة ثم قبل الحكم استرد البائع الدار منه طلب شفعته (لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة) ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً .

(وإن استردها بعد الحكم) أي وإن استرد البائع المبيعة بيعاً فاسداً بعد حكم القاضي بالشفعة للمشتري (بقيت الثانية على ملكه) أى الدار الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة ، والضمير في ملكه راجع إلى المشتري (على ما بينا) وفي بعض النسخ لما بينا . أشار به إلى قوله لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط .

(قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) أي قال القدوري وفي بعض النسخ وإذا اقتسم الشركاء (لأن القسمة فيها معنى الافراز) وهو تمييز الحقوق (ولهذا يجري فيها الجبر) أي جبر القاضي (والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) وهي المبادلة من كل وجه .

(قال وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة) أى قال القدوري إذا اشترى رجل داراً فسلم الشفيع الشفعة (ثم ردها المشتري) أى الدار على البائع (بخيار رؤية أو شرط

أو بعيب بقضـــاء قاض فلا شفعة للشفيـع ، لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه ، والشفعة في إنشاء العقد ، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة ، لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض

أو بعيب) أي أو ردها بسبب عيب وجده فيها (بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنـــه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه) أي ملك البائع (والشفعة في إنشاء العقد) أى الشفعة تجب إلى إحداث عقد (ولا فرق في هذا) يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء ، هكذا عنه أكثر الشراح . وقال تاج الشريعة قوله والفرق في هذا ، أى في الرد بالعيب بالقضاء . قلت الكل معنى واحد ، لأن قوله بقضاء قاض قيد لقوله أو بعيب فقـــط فافهم (بين القبض وعدمه) حيث لا تجب الشفعة في الوجهين ، لأنه فسخ في الأصل .

(وإن ردها بعيب بغير قضاء) أى وإن رد المشتري الدار على البائع بسبب عيب بغير قضاء القاضي (أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) وبه قال مالك وأحمد في روايـــة في المقايلة . وقال الشافعي كل فسخ حصل بأي سبب كان لم يكن للشفيع أخذه لأنه عـاد إلى المالك لزوال العقد ، وبه قال أحمد في المشهور وزفر رحمه الله (لأنه فسخ في حقهما) أى لأن كل واحـــد من الرد بالعيب بغير قضاء ، والإقالة فسخ في حق البائع والمشتري (لولايتهما على أنفسهما وقد قصد الفسخ) فيكون فسخاً في حقهما (وهو بيـــع جديد في حق ثالث) وهو الشفيع ، فصار في حق الشفيع كأن البائع اشترى ثانياً فيتجدد حـــق الشفعة للشفيع . وقوله وبيع بالرفع عطف على قوله لأنه فسخ (لوجود حد البيـــع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث) بين هذا أن المراد بقوله وبيع جديد في حـــق ثالث هو الشفيع (ومراده الرد بالعيب بعد القبض) أى مراد القدوري من قوله ثم ردها المشتري بعيب بقضاء قاض للرد بعد القبض ، لأن الرد قبـــل القبض فسخ وإن كان بغير

لان قبله فسخ من الاصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف . وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه . ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لانهما يثبتان لخلل فى الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء ، وهذا المعنى موجود فى القسمة

والله سبحانه أعلم .

قضاء . وقال صاحب العناية قال الشارحون قوله ومراده ، أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر ، لأن فيه تناقض .

قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . قلت لا تناقض ، لأن تعليله يدل على ذلك يفهم بالتأمل وهو قوله (لأنه) أي لأن الرد بالعيب (قبله) أي قبل القبض(فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء) القاضي (على ما عرف) في البيع .

(وفي الجامع الصغير) إنما ذكر مسألة الجامع الصغير وإن كان تكراراً لكونها محتاجة إلى التفسير على ما يجيء ، ولأن في لفظه اختلاف الروايتين ففي كل منها فائدة على ما يأتي (ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية) يروى قوله ولا خيار رؤية بكسر الراء عطفاً على القسمة ، أشار إليه بقوله (وهو بكسر الراء) أراد بكسر راء الخيار (ومعناه ولا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه) يعني إذا اشترى داراً لم يردها ولها شفيع فأبطل شفعته ثم ردها المشتري بخيار الرؤية لم تتجدد شفعة الشفيع ، لأن هذا فسخ شيئاً البائع وأبى فلا يكون له شبه بالبيع لعدم التراضي ، بخلاف الإقالة. ويروى بفتح الراء وضمها عطفاً على الشفعة على اللفظ وعلى المحل، وهذه الرواية منعها المصنف حيث قال (ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة ، لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لأنهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق

لزومه بالرضاء وهذا المعنى) أي الحال في الرضى (موجود في القسمة) .

وتبع المصنف في ذلك فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد حيث أنكر رواية الفتح وأثبتها الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضاً ، وإنما لم يجب في القسمة خيار رؤية لأنه لا فائدة في رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة . وحمل فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير رواية الفسخ على ما إذا كانت التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية ، لأنه لو رد القسمة بخيار الرؤية لاحتاج إلى القسمة مرة أخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولى أو مثله فلا يفيد خيار الرؤية . أما لو كانت عقاراً أو شيئاً آخر يفيد خيار الرؤية لأنه لو رد بخيار الرؤية ، فإذا اقتسموا ثانياً ربما يقع في نصيبه الطرف الآخر الذي يوافقه ، فيكون مفيداً (والله سبحانه وتعالى أعلم) وفي الكافي وصحح شمس الأئمة السرخسي الرواية بالنصب أيضاً ، وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضاء وبه أخذ بعض المشايخ .

* * *

باب ما تبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب ، وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة ،

(باب ما تبطل به الشفعة)

أي هذا باب في بيان ما تبطل به الشفعة وأوجهه ، لأن الإبطال بعد الثبوت .

(قال) أي القدوري (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقــدر على ذلك) أي والحال أنــه يقدر على ذلك الإشهاد حين العلم (بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب) أما إذا كان هناك مانع والظاهر أنه ترك الإشهاد لا للاعراض فلا يسقط حقه ، كما إذا اشترى داراً والشفيع في بلد آخر وبينهما قوم يحاربون وهو لا يقــدر على بعث الوكيل كان على شفعته . وكذا لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة .

فإن قيل قد ذكر قبل هذا أن طلب الإشهاد ليس بلازم وقــد ذكر في الذخيرة أن الإشهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب احتياطاً لتمكن إثباته عند إنكار المشتري ، فما وجه التوفيق بينهما . أجيب بأنه يحتمل أن يراد بالإشهاد نفس طلب المواثبة ، لأن طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي ، وسمي هذا الطلب إشهاداً بدليل ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل مــا ذكره من التعليل ها هنا . قلت إذا فسر الإشهاد بطلت المواثبة كما فسره تاج الشريعــة هكذا لإيراد السؤال المذكور ، فلا يحتاج إلى الجواب .

(وهذا) يعني اشتراطه القدرة (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار ، وهي عند القدرة) فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة

وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وقد أوضحناه فيما تقدم قال وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، بل هو مجرد حق التمليك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى

فهو على شفعته. وكما إذا أخذ فم الشفيع أخذ حين بلغه الخبر (وكذلك إذا أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) أراد به طلب المواثبة وترك طلب التقرير فإنه يسقط شفعته أيضاً (وقد أوضحناه فيما تقدم) أشار به إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة.

(وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته) بلا خلاف بين الأئمة الأربعة (ورد العوض) وبه قال الشافعي وأحمد «رح». وقال مالك رحمه الله لا يرد العوض، لأنه عوض إزالة الملك، فجاز أخذ العوض له عنه كالصلح عن القصاص (لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل) يعني أن الشفيع ليس له ملك في المحل بل له حق التعرض بالملك، فتسليمه الشفعة يكون ترك العوض منه، وهو معنى قوله (بل هو مجرد حق التمليك) وهو حق التعرض للملك بخلاف القصاص، لأن لوليه ملكاً متقرراً. ألا ترى أن من عليه القصاص كالمملوك له في حق الاستيفاء، ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون مرافعة الحاكم (فلا يصح الاعتياض عنه) يعني إذا كان ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه، لأن حق الشفعة ثبت بخلاف القصاص لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض.

(ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط) أي لا يتعلق إسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال (فبالفاسد أولى) وهو ما فيه ذكر مال، تقريره أنه لو قال الشفيع سقطت شفعتي فيما اشتريت حتى أن لا يطلب الثمن مني، هذا الشرط جائز لأنه يلائم، ومع هذا لم يتعلق سقوط الشفعة بهذا الشرط، بل يسقط بمجرد قوله

أسقطت بدون تحقق الشرط ، فلأن لا يتعلق سقوطه بالفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال ، وانه رشوة أولى . وفي جامع قاضي خان الشرط الملائم شرط ليس فيه ذكر المال كما لو قال سلمت شفعتك على أن بعتنيها أو وليتنيها أو أجرتنيها أو دفعتنيها مزارعة أو معاملة . وكذا لو باع شفعته من البائع أو المشتري بمال تسقط الشفعة بالاتفاق ولا يلزمه المال . والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه يوقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه . وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم لأنه إعراض غير لازم الأخذ .

والحاصل أن كل عقد تعلق جوازه بالجائز من الشرط فالفاسد فيه يبطله كالبيع ، وما لا يتعلق جوازه بالجائز من الشرط وهو أن يقول اسقطت الشفعة بشرط أن لا يطلب الثمن مني فالفاسد فيه لا يبطله وهو الاعتياض ، فبقي الإسقاط صحيحاً جائزاً وبيان الأولوية أن الشرط الجائز سلم عن المعارض لأنه يقتضي الجواز ، وإسقاط الشفعة كذلك. والشرط الفاسد لا يسلم عن المعارض لأنه يقتضي الفساد ، وإسقاط الشفعة يقتضي الجواز مع سلامته ، حيث لم يتعلق الإسقاط ، فلأن لا يؤثر ما لم يسلم عن المعارض كان أولى (فيبطل الشرط ، ويصح الإسقاط) أى إذا كان لا يتعلق اسقاط الشفعة بالجائز من الشرط ، وبالفاسد منه بطريق الأولى يبطل الشرط ويصح الإسقاط ، لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به ، لأنا نقول يثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال .

وقال الأترازي ولنا فيه نظر ، لان إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط . ألا ترى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذا الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره ، أو قال البائع سلمتها لك إن كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق ، لان تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق ، ولهذا لا يرتد بالرد ، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط ، وما صح بتعليقه بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط ، فلا يترك التسليم ، انتهى .

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا ، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر ،

قلت استخرج هذا النظر الغير وارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فإن قيل إذا لم يجب العوض يجب أن لا يبطل شفعته أيضاً ، لانه لما أبطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض ، فإذا لم يسلم يجب أن لا يبطل كما في الكفالة بالنفس إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حق يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة . قيل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة ، فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ، وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقابل ولم يجب شيء ، كذا هنا .

وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص رضي الله عنه ، وعلى ما ذكر في الكفالة والحوالة على رواية أبي سليمان رضي الله عنه لا يبرأ ويحتاج إلى الفرق ، والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى ، فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن ، فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسلم ، فلا بد من القول لسقوط حقه في الشفعة ، فان المكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة ، انتهى . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور .

(وكذا لو باع شفعته بمال) يعني من البائع أو المشتري تسقط شفعته بالإتفاق ولا يلزمه المال ، لأن البيع تمليك مال بمال ، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك ، فصار عبارة عن الإسقاط مجازاً ، كبيع الزوج زوجته من نفسها ، وهذا . إذا باع من البائع أو المشتري لأنه إعراض عن الشفعة ، أما إذا باع عن الأجنبي يبطل العوض ولا تبطل الشفعة لأنه تحقيق الشفعة وتقريرها كذا في الجامع (لما بينا) أشار به إلى قوله أن حق الشفعة مجرد حق التملك فلا يصح الإعتياض عنه .

(بخلاف القصاص ، لأنه حق متقرر) هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق القصاص في كونه غير مال ، والإعتياض عنه صحيح ، فأجاب عنه بقوله بخلاف القصاص

وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل . ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف ، أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختـــارت سقط الخيار ولا يثبت العوض ، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية ،

لأنه حق متقرر ، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يعتبر بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر ، واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص ، فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل بالعصمة في دمه ، فكان حقاً متقرراً . وأمـــا في الشفعة فــان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعـــده على وجـــه واحـــد فلم يكن حقاً مقصودا .

(وبخلاف الطلاق والعتاق) هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق الطلاق والعتاق في كونها غير مال ، فأجاب بقوله بخلاف الطلاق والعتاق (لأنه) أي لأن كل واحد من الطلاق والعتاق (اعتياض عن ملك في المحل) تقريره أن الطلاق والعتاق ليسا بمال لكن للزوج ذلك في المحل فيجوز الإعتياض عنه ، أما الشفيع فلا ملك له في المحل بل له حق التملك ، ولهذا كان لولي الصغير أن يسقط الشفعة ، ولو كان له ملك لمـــا جاز له ذلك (ونظيره) أي نظير حق الشفعة (إذا قال للمخيرة اختاريني بألف) يعني إذا قال الزوج لامرأته اختاري نفسك ثم ندم فقال اختاريني بألف ، فإن الحق يسقط ولا يجب المال ، فتكون المخيرة نظير حق الشفعة .

(أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض)لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد ،فكان أخذ العوض لكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أى في إسقاطهـــا بعوض (بمنزلة الشفعة في رواية) أي في رواية الكفالة والحوالة والشفعة والصلح من رواية أبي حفص ، يعني إذا قال الكفيل بالنفس للمكفول له صالحني على كذا بأن تأخذه مني وتسقط مالك من حق الطلب ، فصالحنا ففيه روايتان في رواية ما ذكرنا من الكتب يبطل ، قيل وعليه

وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال . وقيل هذا رواية في الشفعة ، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

الفتوى ولا يلزم المكفول له شيء ، لأن حق الكفيل في الفعل وهو الطلب فلا يصح الاعتياض عنه .

(وفي أخرى) أي وفي الرواية الأخرى وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) فيحتاج إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين الشفعة والفرق أن الكفالة بالنفس حق قوي لا يسقط بعد ثبوتها إلا بالإسقاط التام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضاء به ، ولهذا لا يسقط بالسكوت ، وإنما يتم رضاه بسقوطه إذا أوجب له المال ، فاذا لم يجب لم يكن راضياً ، فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الإسقاط ، وتمام الرضاء به . ألا ترى أن السكوت بعد العلم به يسقط .

(وقيل هذه رواية في الشفعة) أى رواية أبي سليمان في الكفالة يكون رواية في الشفعة أيضاً ، حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال . حاصله أن التنصيص في الكفالة انها لا تسقط ولا تجب المال يكون مضاف الشفعة بعدم سقوطها وانه لا يجب المال .

(وقيل هي في الكفالة خاصة) أي رواية أبي سليمان ، أراد هذا الحكم ، أعني عدم الوجوب وعدم السقوط يختص بالكفالة . وقال الإمام العتابي في كتاب الشفعة في شرح الجامع الكبير والكفيل إذا صالح المكفول له على دراهم على أن يبرئه عن الكفالة فأبرأه صح الإبراء في رواية أبي حفص في كتاب الكفالة ولا شيء له من الدراهم . وفي رواية أبي سليمان لم يصح الإبراء (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط لأنه التزام المال بمقابلة ما ليس بمال وهو سقوط حق الشفعة والبراءة عن المطالبة فكان بمعنى الرشوة . وفي المبسوط صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه منها صالحه على أخذ نصف الداربنصف الثمن . ومنها ما صالحه على أخذ بيت من الدار بعينه بحصته في الثمن ، وفي هذين الوجهين الصلح باطل والتسليم باطل ، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك . وفي الوجه الثالث وهو ما إذا صالحه على مال نفسه فقد وجد الإعراض عن الشفعة فيصح ولم يصح صلحه وفي المحيط لو طلب نصفها بالشفعة يطلب شفعته في الكل عند محمد ، وبه قال

قال وإذا مات الشفيع بطلت شفعته . وقال الشافعي «رح» تورث عنه ، قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته ، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ، ولأن بالموت يزول ملكه عن داره يثبت الملك للوارث بعد البيع

أحمد وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف لا يكون تسليماً في الكل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وهو الأصح .

(قال وإذا مات الشفيع بطلت شفعته . وقال الشافعي تورث عنه ، قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته) قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ، صورته إن دار بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فأثبتها بطلبين ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات يكون ميراثاً لورثته ، انتهى .

والأصل فيه أن الحقوق اللازمة تنتقل إلى الورثة عنده سواء كانت مما يعوض عنها أو لم يكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكونه كحاجته . وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت ، والذي يثبت الوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع سقط .

(وهذا) أي وهذا الخلاف بيننا وبينه (نظير الخلاف [1] في خيار الشرط) فعندنا لا يورث خيار الشرط ، وعنده يورث (وقد مر في البيوع) في باب خيار الشرط (ولأنه بالموت يزول ملكه) أي ولأن الشفعة بموته يزول ملكه (عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه) أي قيام الملك (وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت

---

(١) الاختلاف ـ هامش .

وقيـــامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه . وإن مات المشتري لم تبطل ، لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته . ولو باعه القاضي والوصي أو أوصى المشتري فيها بوصيته فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ،

القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه) أى فلا يستحقها بدون الشرط المذكور .

(وإن مات المشتري لم تبطل) أى شفعة الشفيع (لأن المستحق باق) وهو الشفيع (ولم يتغير سبب حقه) أي حق المستحق وهو الشركة أو الجوار (ولا يبـــاع في دين المشتري ووصيته) أي لا تباع الدار المشفوعة إذا مات المشتري وعليه دين يعني لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيـع ، لأن حقه مقدم على حق المشتري فكان مقدمـاً على حق من يثبت حقه أيضاً من جهته وهو الغريم والموصى له .

فان قلت ينبغي أن يباع بدينه لأن تعلق حق الغريم بالدار بعد موت المديون . قلت حق الشفيـع آكد ، لأنه في المالية لا غير . وإذا تقدم على الغريم تقدم على الموصى لـــه المتأخر عن الغريم .

(ولو باعه القاضي أو الوصي) أى ولو باع القاضي الدار المشفوعة أو وصيته في دين المشتري الميت ، وذكر الضمير باعتبار المشفوع (أو أوصى المشتري فيها بوصيته) أي في الدار المشفوعة بأن أوصى بها أو سلمها لأحد (فللشفيـع أن يبطله ويأخذ الدار لتقـــدم حقه) أى أن يبطل بيع القاضى أو بيع وصي المشتري ، وكذا يبطل وصيتـه في الدار لتقدم حق الشفيـع على حق المشتري لا يقال بيع القاضى حكم منه ، فكيف ينقض لأنـــه قضاء منه ، بخلاف الإجماع للاجماع على أن الشفيـع حق يقضي تصرف المشتري فلايكون نافذاً ، ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجداً أو مقبرة نقض الشفيـع ما صنع لتقدم حقه ، وبه قالت الثلاثة . وعن الحسن وأحمد في رواية فيما وقفه المشتري أو جعله مسجداً يبطل الشفيـع ، لأن الشفعة إنما تكون في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . قلنـا حق

ولهذا ينقض تصرفه في حياته . قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك هو الاتصال بملكه ، ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة ، كما إذا سلم صريحاً أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به ،

الغير منع صيرورته مسجداً أو وقفاً ، لأن المسجد ما خلص لله ، ومع تعلق الغير لا يخلص في الإيضاح (ولهذا) أي ولتقدم حق الشفيع على حق المشتري (ينقض تصرفه في حياته) أي تصرف المشتري مثل بيعه وهبته وإجارته ونحوها .

(قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفعته) أي قال القدوري وإنما يبطل (لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه) أي سبب الاستحقاق وهو اتصال الملكين وقد زال قبل التملك (ولهذا) أي ولكون زوال السبب مبطلاً (يزول به) أي بالبيع (وإن لم يعلم) أي الشفيع (بشراء المشفوعة) أي بشراء الدار المشفوعة ، لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد في رواية . قالوا في رواية أخرى لا يسقط (كما إذا سلم صريحاً) أي كما تسقط الشفعة إذا سلم الشفيع الشفعة صريحاً .

فإن قيل يشكل بما إذا ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو يستأجرها منه ، فان ذلك تسليم الشفعة دلالة ، والعلم بالشفعة شرط فيها فينبغي أن لا يشترط كما في البيع . أجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم ، وإنما يسقط بها لدلالتها على رضى الشفيع ، والرضى بدون العلم غير متحقق ، بخلاف التسليم الصريح والإبراء . ورد بأن بيع ما يشفع به ولم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها بخلافه وإن لم يعلم . أجيب بأن بقاءها الشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ، فكان كالموضوع له في قوة الدلالة .

(أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به) أي أو أبرأ رب الدين المديون والحال أنه لم يعلم بدينه يصح الإبراء ، لأنه إسقاط ، كما لو سلم الشفعة صريحاً وهو لا يعلم المشفوعة وبوجب

وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له ، لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلاشفعة له قال ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة . والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له . ومن اشترى أو ابتيع له

الشفعة . وقال تاج الشريعة يعني ابرأ لإنسان ولم يعلم بأنه غريمه ثم علم بذلك يسقط الدين. وفي شرح الكافي رجل باع داراً ورضي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم انــه جدها إلى موضع كذا أو ظن أنها أقرب أو أبعد ويدعي شفعته حين علم قال لا شفعة له ، لأن صحة التسليم لا يقف على كون الدار معلومة لصحة الإبراء في الديون لا يتوقف على العلم بمقداره ، فمتى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع .

(وهذا) أى الحكم المذكور (بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال) أى لأن خيار المشتري يمنع زوال الملك (فبقي الاتصال) وهو السبب فلا تسقط شفعته . ولو باع بعض داره شائعاً فله الشفعة بما بقي ، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ، وكذا لو باع بعضه مقسوماً وذلك لا يلي المبيعة ، لأن الجوار قـائم . وإن كان مما يلي المبيعة بطلت شفعته لزوال الجوار .

(قال ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له) أى قال القدورى ان وكيل البائع إذا باع الدار والحال أنه هو الشفيع فلا شفعة له (ووكيل المشتري إذا ابتاع بها) أى إذا اشترى (فله الشفعة) أي فللمشتري وهو الشفيع الشفعة (والأصل) أى الأصل في هذين الفصلين (أن من باع) وهو وكيل البائع (أو بيع له) أى أو أن من بيع لأحد وهو الموكل (فلا شفعة له) أى لكل واحد منهما . وقال الشافعي وأحمد له الشفعة سواء كان وكيل البائع أو وكيل المشتري لما أن حقوق العقد يرجع إلى الموكل فبالعمل لغيره لا يسقط حقه الثابت شرعاً . وقال بعض الشافعية والقاضي الحنبلي كمذهبنا . وقال بعض الشافعية إن كان وكيل المشتري سقطت شفعته دون وكيل البائع . وكذا لو باع وشرط الخيار لغير المشتري وهو الشفيع فأجاز الشفيع بطلت شفعته عندنا خلافاً للشافعي وأحمد.

(ومن اشترى) وهو وكيل المشترى (أو ابتيع له) أى واشترى لاجله بأن اشترى

فله الشفعة ، لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه بالأخذ بالشفعة ، لأنه مثل الشراء ، وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له

المضارب بمال المضاربة ورب المال شفيعها (فله الشفعة) أى فلكل واحد فيها الشفعة . قال في شرح الطحاوى بيان ذلك أن صاحب الدار إذا وكل شفيع الدار بالبيع فباعها فلا شفعة له ، لانه هو الذى باع . ولو أن مضارباً لرجل باع داراً من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لانه بيع لاجله ، وان كان لا يملك بينة عن البيع وإن كان المشترى وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة ، ألا ترى أنه لو اشترى داراً لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة ، حتى لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار. ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة داراً ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة ، لانه اشترى له . ومن اشترى أو اشترى له فلا تبطل شفعته (لان الاول) وهو وكيل البائع الذى هو الشفيع (بأخذ المشفوعة) أى يأخذ الدار المشفوعة ، يعني إذا أراد أن يأخذ سبب الشفعة (يسعى في نقض ما يتم من جهته وهو البيع فلا يجوز) لان الاخذ بالشفعة ضرب شراء ، وكونه مشترياً يناقض كونه بائعاً فيصير ساعياً في نقض ما يتم به فلا يجوز .

(والمشتري لا ينقض شراؤه) أى المشتري في الفصل الثاني وهو الذي اشترى بالوكالة والحال أنه هو الشفيع لا ينتقض شراؤه (بالاخذ بالشفعة) لانه ليس فيه نقض ما يتم من جهته (لانه) أى لان الاخذ بالشفعة (مثل الشراء) لما قلنا أنه ضرب شراء فلا تناقض فيه ، فافهم (وكذلك) أى كوكيل البائع (لو ضمن الدرك) أى لو ضمن المشتري تبعه الاستحقاق (عن البائع وهو الشفيع) أي والحال أنه هو الشفيع (فلا شفعة له) لان تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعياً في نقض ما يتم من جهته فلا يجوز.

وكذلك إذا بـــاع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له ، لأن البيع تم بإمضـــائه . بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري .

قال في الجامع الكبير رجل اشترى داراً على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو ضمن المشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار الشفيع وأمضى المبيع ، فهذا كله تسليم الشفعة . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير إذا ضاع فضمن الشفيـــع الثمن من المشتري والشفيع حاضر وقبل في المجلس تقرر البيع بهذا الشرط استحساناً ، والقياس أنه لا يجوز . وذكر محمد القياس والاستحسان في كتـاب البيوع من المبسوط .

وأما لا شفعة الشفيع فلأنه صار كالبائع من وجه وكان المشتري من وجه أما كالبائـع من وجه ، لان البيع يتم به و كذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن . وأما كالمشتري من وجـه لان الشراء يتم به ، وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقـــع التردد ، وفي ثبوت حق الشفعة فلا يثبت ، لان حق الشفعة متى دار بين أن يثبـــت وبين أن لا يثبت .

فإن قيل البائع من كل وجه إنما لم يكن له الشفعة ، لان إيجابها يؤدي إلى القضاء ، لان البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملكه ، وها هنا لا يؤدي إلى القضاء ، لان تمليك المبيع ها هنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع إذا كان كفيلاً عن المشتري وبالثمن كان بمعنى البائع من وجـه ، وإيجاب الشفعـــة له يؤدي إلى القضاء من وجـــه في التمليك والتملك .

(وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره) أي وكذلك لا شفعة إذا باع رجل داراً ، وشرط الخيار لغيره وهو الشفيع (فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيـــع) أي والحال أن المشروط له الخيار هو الشفيع (فلا شفعة له ، لان البيع تم بإمضائه) فـإذا طلب بالشفعة يكون ساعياً لنقض ما تم من جهته فلا يجوز (بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري) يعني لو شرط المشترى الخيار لغيره وهو الشفيـــع فأمضى البيع لا تبطل شفعته ، لكن إذا طلبها قبل الإمضاء لانه لا يكون ساعياً في نقض ما تم

قال وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألفاً أو أكثر ، فتسليمه باطل وله الشفعة ، لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ، أو لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني

من جهته بل أخذه بالشفعة مثل الشراء على ما مر .

(قال وإذا بلغ الشفيع انها) أى قال القدورى رحمه الله إذا بلغ الشفيع أن الدار (بيعت بألف درهم فسلم) الشفعة (ثم علم أنها بيعت بأقل) أى من الالف قيد به ، لانه لو علم أنها بيعت بأكثر سقطت شفعته كما علم ، لان الرضى بالتسليم بألف رضي بالتسليم بأكثر منه ، ذكره في المبسوط ، وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له في الوجهين (أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر) أى ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير قيمة كل منهما ألف أو أكثر من ألف .

وقال السغناقي تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضاً ، لان إطلاق ما ذكره في المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال فيهما ، وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزوناً فهو على شفعته ولم يتعرض أن قيمة المكيل أو الموزون أقل من قيمة الذى اشتراها به وأكثراً ، وهكذا استدل في الذخيرة وقال فلو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزوناً فهو على شفعته ، انتهى ، وهذا يكلف كثير ، لان التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى ، فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى .

(فتسليمه باطل ، وله الشفعة لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول) أى فيما بلغه انها بيعت بألف ثم علم أنها بيعت بأقل (أو لتعذر الجنس الذى بلغه) أي أو انه إنما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه (وتيسر ما بيع به) بأن كان دهقاناً ، لأنه تيسير عليه أداء الحنطة ويتعسر عليه أداء الدراهم والدنانير (في الثاني) أى فيما إذا بلغه انها بيعت بألف

إذ الجنس مختلف ، وكذا كـــل مكيل أو موزون أو عددي متقارب ، بخــــلاف ما إذا علم أنهـا بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير

ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير (إذ الجنس مختلف) لأن الدراهم غير الحنطة والشعير ، وكذا الحنطة غير الشعير .

فإن قلت الشفعة من قبل الإسقاط وانها لا تتوقف ، والفائت هنا هو الرضى . قلت الإسقاط لا يتحقق إلا بعد وجود البيع وما وجد البيع الذي سلم الشفعة فيه ، لأنه سلم البيع بالألفين والبيع بالألف غيره ، ولأن التسليم خرج جواباً للاختيار ، والكلام متى خرج جواباً يكون كالمعاد في الجواب ، فصار تقديره إن كان البيع كما قلت سلمت الشفعة وإلا فلا ، فكان مقيداً به فلا يثبت بدونه .

(وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب) أي وكذا الحكم في كل مكيل بأن بلغه انها بيعت بألف او بيعت بحنطة ثم علم أنها بيعت بملح مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفعته . وكذا في كل موزون بأن بلغه أنها بيعت بألف درهم أو بيعت بقنطار من العسل مثلاً ثم علم أنها بيعت بقنطار من الزيت مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفعته ، وكذا في كل عددي متقارب بأن بلغه بأنه باعها بألف ثم علم أنها بيعت لا بجوز أو بيض قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفعته .

(بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر) يعني إذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر كان تسليمه صحيحاً (لأن الواجب فيه) أي في العرض (القيمة وهي دراهم أو دنانير) فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك وهو الذي ذكره اختيار شيخ الإسلام . وفي الذخيرة لو أخبره أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم بأن أخبر أن الثمن دار وظهر أنه عبد فجواب محمد أنه على شفعتــه من غير فصل . قال شيخ الإسلام هذا الجواب صحيح فيما إذا كان فيه ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير

وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر « رح » له الشفعة لاختلاف الجنس . ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية.

صحيح فيما إذا كان قيمته مثل قيمة ما أخبر ، لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع يأخذ بقيمة الثمن دراهم أو دنانير ، فكأنه أخبر أنه ألف درهم او الف دينار فسلم ثم ظهر مثل ما أخبر أو أكثر ، وهناك كان التسليم صحيحاً . ولو ظهر أقل كان على شفعته كذا ها هنا . ولو كان على العكس بأن أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر انه دراهم أو دنانير .

فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل . قال بعض المشايخ هذا الجواب محمول على ما إذا كان قيمة ما ظهر أقل ما لو كان مثله أو أكثر فلا شفعة له . وبعضهم قال هذا جواب صحيح على الإطلاق ، بخلاف المسألة المتقدمة لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة قد يصير مغبوناً في ذلك ، لأن التقويم بالظن يكون ، وإنما سلم حتى لا يصير مغبوناً ، وهذا المعنى منعدم فيما إذا كان الثمن دراهم .

(وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر) يعني وإن ظهر أن الدار بيعت بدنانير قيمتها الف درهم فيما إذا أخبر أنها بيعت بعوض قيمته أكثر من ألف (وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس) يعني بين الدراهم والدنانير ، ولهذا حل التفاضل بينهما ، وبه قالت الثلاثة .

(ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية) بدليل تكميل نصاب أحدهما بالآخر والمكره بالبيع بالدراهم يكون مكرهاً على البيع بالدنانير ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون وحقه الدراهم له أن يأخذ ، ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل بهن رب المال ، كما لو صار دراهم . وإنما اعتبرنا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، لأن الربا لا يجري باعتبار الثمنية ، بل اعتبار الوزن والجنس وهما مختلفان في هذا الوجه حقيقة . ولهذا لا يجري الربا بين الدراهم والحديد وإن وجد الاتحاد من حيث الوزنية .

قال وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار . ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره ، لأن التسليم لم يوجد في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية ، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

وذكر في الأسرار خلاف أبي يوسف فقال تبطل شفعته عند أبي يوسف استحساناً خلافاً لهما . وفي الذخيرة جعل قول أبي حنيفة رحمه الله مثل قول زفر « رح » وقول أبي يوسف « رح » كما ذكر في الكتاب .

(قال وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) أي قال القدوري ، وبه قال الشافعي في وجه لا شفعة له ، واختار الأول في شرح الوجيز (ولو علم أن المشتري هو مع غيره) أي لو علم الشفيع أن المشتري فلان مع غيره بأن علم أن زيد وعمرو قد كان ترك لأجل زيد (فله أن يأخذ نصيب غيره) أي غير فلان وهو عمرو (لأن التسليم لم يوجد في حقه) أي في حق الغير ، وعند الشافعي رحمه الله وأحمد « رح » لا تبطل شفعته أصلاً في نصيبه ولا في نصيب غيره (ولو بلغه شراء النصف) أي ولو بلغ الشفيع أن نصف الدار بيع (فسلم ثم ظهر شراء الجميع) أي جميع الدار (فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة) أي لأن لتسليم شفعته كان لأجل ضرر الشركة ولا شركة ها هنا ، فكانت له الشفعة في جميع الدار .

(وفي عكسه) وهو أن يخبر بشراء الكل فظهر شراء النصف (لا شفعة في ظاهر الرواية ، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه) بفتح الهمزة جمع بعض ، أي تسليم الشفعة في كل الدار تسليم في جميع أجزائها فلا تبقى له شفعة . واحترز بقوله في ظاهر الرواية عن رواية الثمر بن حداد فإنه روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال فله الشفعة في هذه الصورة كما في الصورة المذكورة ، وبه قال الشافعي وأحمد لجواز أن يكون تسليم

فصـــل

قـــال وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . قال وإذا ابتاع منها سهماً بثمن ثم ابتاع بقيتهـا فالشفعة للجار في السهم الأول

الكل لعدم قدرته على الثمن ، وقد يتمكن على البعض بخلاف ما إذا سلم في البعض ، لأن العجز عن أداء البعض عجز عن أداء الكل بالطريق الأولى . وفي الذخيرة فلو ظهر انه اشترى النصف لا شفعة له ، كذا قال شيخ الاسلام هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى النصف بألف ، أما لو ظهر انـــه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته .

(فصل)

هذا بيان الحيل التي تبطل بها الشفعة وهو محتاج إليه ، لأن الشفيـع ربما يكون فاسقاً مؤذياً أو ظالماً متعدياً فيحتاج إلى الاجتناب عن جواره .

(قال) أي القدوري (وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منهافي طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة) أي في إسقاط الشفعة (وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه) وكذا لا شفعة له إذ وهب منه ، أي من فلان هذا المقدار ، أي قدر ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيـع وسلمه إليه ، أي إلى الموهوب له مع طريقـه حتى تصح الهبة ، لأن ما وهب مقدار معين ، والطريق وإن كان شائعاً إلا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتملها جائزة فيصير شريكاً في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل (لما بينا) أشار به إلى قوله لانقطاع الجوار .

(قال وإن ابتاع منها سهماً بثمن) أي قال القدوري وإن اشترى من الدار سهمـــاً بثمن معين (ثم ابتاع بقيتها) أي ثم اشترى بقية الدار (فالشفعة للجار في السهم الأول

دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه ، فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً ، والباقي بالباقي .

دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيها ، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه) لأن المشتري حيث [1] اشترى الثاني كان هو شريكاً ، لأنه كما اشترى الجزء الأول صار شريكاً للبائع فكان عند شراء الباقي شريكاً له لا محالة ، وحق الشفعة يثبت عند الشراء ، وهو عند ذلك شريك ، فكان مقدماً على الجار .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال أبو يوسف وإن كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول والجار أحق بالنصف الثاني من المشتري الأول ، لأن الملك للمشتري الأول زال عن النصف قبل انتقال الشفعة إليه فسقطت شفعته وبقي حق الجار [2] فاستحق النصف الثاني بالجوار كما استحق الأول .

(وإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع إلى تقليد رغبة الشفيع الأول إلى الإبطال، لأن في الأول ليس للجار أن يأخذ ، لأن مقدار ذراع من طول حد الشفيع لم يبع (ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً) أي اشترى السهم الواحد من الدار وهو السهم الذي يلي الشفيع مثلاً بالألف إلا درهماً (والباقي بالباقي) أي وابتاع الباقي من الدار بباقي الثمن وهو الدرهم ، تفسيره ما قاله في شرح الطحاوي وهو أن يبيع أولاً من الدار أو من الكرم عشرها مشاعاً بأكثر من الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن ، حتى أن الشفيع لا يثبت له حق الشفعة إلا في عشرها بثمنه ولا تثبت له الشفعة في تسعة الأعشار ، لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكاً فيها بالعشر ، وهذه الحيلة إنما تكون للخيار أو الخليط ، لأن الشريك أولى منهما ولا يحتال بها للشريك ، لأن الشفيع إذا كان

---

(١) حين – هامش .

(٢) الجوار – هامش .

وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار . قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة

شريكاً كان له أن يأخذ نصف قيمة الأعشار أيضاً بقليل الثمن .

وإن كانت الدار للصغير فإن بيع العشر منها بكثير الثمن يجوز، وبيع تسعة الأعشار بقليل الثمن لا يجوز ، لأن بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه لا يجوز ، فيكون في هذه الحيل مضرة المشتري وهو أن يلزمه العسر ، ولا يجوز شراؤه في تسعة الأعشار . وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزءاً من مائة جزء . أو يبيع جزءاً من ألف جزء وبثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه ، فإنما تثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة، وهذه الحيلة للجار والخليط ، فإما إذا كان الشفيع شريكاً فإنه يأخذ نصف البقية بنصف .

(وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب) هذا لفظ القدوري أيضا . وإن اشترى الدار بثمن ثم دفع إلى البائع ثوباً عوضاً عن الثمن فالشفعة تكون بالثمن دون الثوب (لأنه عقد آخر) أي لأن دفع الثمن عن الثمن عقد آخر (والثمن هو العوض عن الدار) فتكون الشفعة بالثمن دون الثوب ، لأن الشفعة تثبت بمثل الثمن الذي بيعت الدار به . ألا ترى أن البائع لو وهب للمشتري الثمن أو اشترى به داراً أخذها الشفيع بالمسمى حال العقد ولا يأخذ قيمة الدار الثانية لأنها ملكت العقد الثاني ، كذلك في مسألتنا .

(قال وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة) أي قال صاحب الهداية هذه المسألة وهي المسألة التي ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عن الثمن حيلة أخرى يصلح للجوار والشركة ، يعني يحتال بها في حق الجوار والشريك بخلاف الحيلتين الأولتين ذكرهما القدوري بقوله وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع ... إلى آخره . وبقوله وإن ابتاع منها سهماً ثم ابتاع بقيتها ... إلى آخره فإنهما محتال بهما في حق الجار لا الشريك .

فيباع بأضعـــاف قيمته ويعطي بها ثوب بقدر قيمته . إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيـــام البيع الثاني فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار

ثم بين المصنف رحمه الله كيفية هذه الحيلة بقوله(فيباع بأضعاف قيمته) أى يبـــاع المبيع بأضعاف قيمة المبيع (ويعطى بها ثوب بقدر قيمته) أى ثم يعطى المشتري بمقابلة ما وجب عليه من اضعاف القيمة ثوباً يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع بيان، أى يباع المبيع بأضعاف قيمة المبيع ، ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي أن يبيع مـــا يساوي ألفاً بألفين وينفذ من الثمن ألف درهم إلا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضاً يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ، ولكن الشفيع لا يأخذها إلا بألفي درهم . والأفضل للبائع أن يجعل مكان العرض ديناراً يساوي عشرة دراهم ، هذا هو الأحوط ، حتى أن الدار لو استحقت عن يد المشتري رجع على البائع بمثل ما أعطاه ، لأنه يبطل الصرف بالاستحقاق ، وهذه الحيلة لجميع الشفعاء لو كان باعا ببقية الثمن عوضاً سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا ، فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألفي درهم ويكون فيه مضرة على البائع .

(إلا أنه) استثنى عن قوله نعم الجوار والشركة أو من قوله ، وهذه أخرى ، أعني أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور المستحق يستحق الدار ، وهو معنى قوله (لو استحقت المشفوعة) أى الدار المشفوعة (يبقى كل الثمن على مشتري الثوب) وهو بائع الدار (لقيام البيع الثاني فيتضرر به) أى يتضرر بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار ، وذلك لأن باستحقاق الدار تبطل المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعها في الثوب ، فيثبت باستحقـــاق الدار لمشتريها الرجوع على البائـــع بثمن الدار وثمنها ما يكون مذكوراً في العقد الأول ، فيتضرر بذلك البائع .

(والأوجه) يعني الوجه في هذه المسألة أن لا يتضرر بائع الدار (أن يباع بالدراهم الثمن دينار) يعني تصارف ، وقوله الثمن بالجر صفة للدراهم ، وقوله دينار بالرفع مسنـد

حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير
قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف « رح »

إلى قوله يباع مفعول ناب عن الفاعل (حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف) وهو بيع الدينار بالدراهم الثمن (فيجب رد الدينار لا غير) أى يجب على البائع رد الدينار الذي وقع به الصرف لا غير ، بيان ذلك ما ذكره في قاضي خان أن يبيع الدار بعشرين ألفاً إذا أراد أن يبيعها بعشرة آلاف درهم ثم يقبض الشفعة إلا قدر درهم وخمسمائة ، ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر . ولو أراد الشفيع أن يأخذها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة ، ولو استحقت الدار لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً ، بل يرجع بما أعطاه ، لأنه استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع العقار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف .

(قال ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله) أي قال القدوري اعلم أن الجملة في هذا الكتاب إما أن يكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه ، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أما أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع . والثاني مختلف فيه ، قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف ومكروه عند محمد « رح » ، وهو الذي ذكره في الكتاب ، وقال في شرح الطحاوي قيل إن الإختلاف في الحيلة الإبطال قبل الوجوب ، فأما بعد الوجوب فمكروه بالإجماع .

وقال في الواقعات الحسامية في إبطال الشفعة على وجهين ، أما إن كانت بعدالثبوت أو قبل الثبوت ، ففي الوجه الأول مكروه بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتره مني وما أشبه ذلك ، لأنه إبطال لحق واجب. وفي الوجه الثاني لا بأس به سواء كان الشفيع عدلاً أو فاسقاً هو المختار ، ولأنه ليس بإبطال ، ومن هذا الجنس ثلاث مسائل ، إحداها هذه ، والثانية الحيلة في منع وجوب الزكاة . والثالثة الحيلة لدفع الربا بأن باع مائة درهم وفلساً بمائة وعشرين درهم . وقال الخصاف في أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما

وتكره عند محمد « رح » لأن الشفعة إنما وجبب لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه . ولأبي يوسف « رح » أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

يحل ويجوز . وأما الحيلة بشيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج إلى الحلال ، مما كان من هذا ونحوه فلا بأس به ، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموته ، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة .

(وتكره عند محمد « رح ») وبه قال الشافعي . وعند أحمد بالحيلة لا تسقط الشفعة . وفي صورة الموهوب أو جهالة الثمن يأخذ بثمن المثل لقوله ﷺ لا تحل الخديعة . قلنا الحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع بالآية والحديث ، وإن كان الغير يتضرر به في ضمنه فكيف إذا لم يتضرر (لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه) أي الضرر .

(ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق) أي في التحيل منع عن وجوب الحق عليه (فلا يعد ضرراً) فلا يكره كما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا (وعلى هذا الخلاف) المذكور بين أبي يوسف ومحمد رحمها الله (الحيلة في إسقاط الزكاة) فعند أبي يوسف رحمه الله لا يكره ، وعند محمد تكره . وقيل الفتوى على قول أبي يوسف في الشفعة وعلى قول محمد في الزكاة والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

مسائل متفرقة

قال وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها ، والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر .

(مسائل متفرقة)

ارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذه مسائل ، وإنما منع التنوين لأنه على صيغة منتهى الجموع كمساجد ودراهم . ومتفرقة بالرفع صفته . ويجوز النصب على تقدير خذ مسائل متفرقة أوهاك أو نحوهما ولم يذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه المسائل .

(قال وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم) أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في خمسة نفر اشتروا من رجل داراً ولها شفيع فأراد أن يأخذ نصيب أحدهم قال له ذلك، فإن اشترى واحد من الخمسة لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض ، انتهى . وذكره محمد في بيوع الجامع الصغير .

(وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) وبه قال مالك والقاضي الحنبلي والشافعي في وجه . وقال الشافعي في الأصح له أن يأخذ حصة أحدهم ، وبه قال أحمد كما في الفصل الأول ، ولا خلاف في فصل الاول (والفرق) بين الفصلين (أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به) أي تتفرق الصفقة عليه (زيادة الضرر) وهي زيادة ضرر التشقيص، فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص

وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة . ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لو ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع . بمنزلة أحد المشتريين

زيادة على ذلك ، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً .

(وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم) لانه إذا أخذ نصيب أحدهم فقد ملك عليه بجميع ما اشترى وقام مقامه (فلا تتفرق الصفقة) على المشتري هذا إذا كان الثمن منقوداً ، فأما إذا لم ينقدوا الثمن فأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم من البائع بحصتها من الثمن ليس له ذلك لما فيه من تفريق الصفقة على البائع .

(ولا فرق في هذا) أي في أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين (بين ما إذا كان قبل القبض) أي قبل قبض مشتري الدار (أو بعده) أي وبعد القبض (هو الصحيح) احترز به عما روى القدوري عن أصحابنا والحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم قبل القبض ، لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة ، وله أن يأخذ نصيب أحدهم بعد القبض ، لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه (إلا أن قبل القبض) استثنى من قوله ولا فرق في هذا يعني أن الشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين قبل القبض وبعده ، إلا أن قبل القبض (لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم) أي لا يمكن الشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين (إذا نقد) أحد المشتريين (ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع) يعني إذا قبضه نصيب أحدهم عند عدم نقد أحد المشتريين ما عليه من الثمن يؤدي إلى تفريق الصفقة إلى البائع كما ذكرناه عن قريب (بمنزلة أحد المشتريين) إذا نقد ما عليه الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم

بخلاف ما بعد القبض ، لأنه سقطت يد البائع ، وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة ، لأن العبرة في هـــذا التفرق الصفقة لا الثمن وها هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي .

جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع .

(بخلاف ما بعد القبض) أي قبض مشتري الدار (لانه سقطت يد البائع) فلايلزم تفريق اليد عليه (وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة) أي سواء سمى البائع بكل جزء من أجزاء المبيع ثمناً ، أو كان الثمن جملة وحده به أن يكون البيع منفعة (لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا الثمن) أي لا تفريق الثمـــن ، حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا المبيع حتى اشترى كذلك . وذكر التمرتاشي محالاً إلى الجامع في اتحاد الصفقة أن يتحد العاقد والعقد والثمن أو يتعدد العاقد والعقد والثمن متحدان بأن قال البائع للمشترين بعت منكما أو قال البائعان للمشتري بعنا منك تتحد الصفقة ، لأن ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن والعقد والعاقد واحد بأن قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا وقال أشتري ذلك ، أما لو تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة ، وإن اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن قيل تفريق الصفقة لرجحان جنبة التفرق . وقيل لا يتفرق فقيل الاول قياس وهو قولهما ، والثاني استحسان وهو قول أبي حنيفة رحمه الله .

(وها هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى) تلك التفريعات ذكرها الكرخي في مختصره وبوب عليها باباً فقال و كذلك إذا كان الشراء بوكالة فوكل رجـــل رجلين بشراء دار ولها شفيع فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين . وإن كان الموكل رجلين والوكيل رجلاً واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين . قال ابن سماعة عن محمد في نوادره ذلك ، وقال إنما نظر إلى المشتري ولا نظر إلى المشتري له . قال محمد رحمه الله وكذلك لو اشترى بعشرة فليس له أن يأخذ شيئاً دون شيء ، ولو اشترى عشرة لرجل كان للشفيع أن يأخذ من واحد ويدع الآخرين ، أو يأخذ من اثنين أو ثلاثة ويـــدع

البقية . وكذا روى هشام عن محمد « رح » في النوادر في الوكيل والوكيلين في الشراء وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعاً ، فأراد أن يأخذ أحدهما دون الاخرى فليس له ذلك ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله . وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار إن شاء أخذهما وإن شاء أحدهما دون الاخرى ، وهذا قول الحسن

وإذا كان الشفيع شفيعاً لأحدهما دون الأخرى وقع البيع عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة رحمه الله ان ليس له إلا أن يأخذ الذي تجاور بالحصة ، وكذلك روى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين مثلاً صفين وله جار يلي إحداهما قال فانه يأخذ التي يليه بالشفعة ولا شفعة له في الأخرى . وقال هشام قلت لمحمد ما يقول في عشرة أقرحه مثلاً صفقة لرجل يلي واحد منها أرض إنسان فبيعت العشرة الأقرحة ، فقال للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة . قلت له ثم قال لأن كل قراح على حد . قلت ليس بينهما طريق ولا نهر ، وإنما هي مروراً ومسناة ، قال لا شفعة له إلا فيما يليه .

وقال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكروم قال محمد ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خالصة . قلت لمحمد باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وأرضها وناحية منها تلي انساناً قال محمد للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه قلت والكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وأوشك أن يأخذوا حواشي القرية وذلك أردأ أرضها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر محمد ، وروايته به يقول وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وروى الحسن بن زياد في رجل اشترى قرية بأرضها وأرضها أقرحة متفرقة ولا حد للأقرحة جاز ، قال يأخذ القرية كلها بالشفعة وليس له أن يأخذ ذلك القراح ويدع ما سواه . وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة كان يقول ليس له أن يأخذ إلا القراح الذي هو ملاصقه ، لأن هذه الأقرحة مختلفة . قال والذي يجيء على قياسه أن هذه الأقرحة إذا كانت من صفقة واحدة أو قرية واحدة فهي كقراح واحد

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع ، لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ، والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه تعود العهدة على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

ودار واحدة ، وهذا يدل على أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول مثل قول محمد ثم رجع فقال يأخذ الشفيع الجميع ، لأنه ليتضرر بتفريمه كالدار الواحدة .

(قال) أي في الجامع الصغير (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم) أي حال كون النصف غير مقسوم (فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) أي أو يترك يعني ليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه ، لانه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الإنتفاع) لان القسمة في غير المكيل والموزون إقرار وقبض بعين الحق من وجه ومبادلة من وجه ، والشفيع يملك بمقتضى المبادلة التي يحدثها المشترى ولا يملك نقض القبض .

(ولهذا) أي ولكون القسمة من تمام القبض (يتم القبض بالقسمة في الهبة) يعني أن هبة المشاع فيما يقسم فاسدة ، ومع هذا لو قسم وسلم جاز (والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له نفع فيه) أي في النقض (تعود العهدة) وهي ضمان الاستحقاق (على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه) أي من تمام القبض وهو القسمة . وفي الذخيرة تصرفات المشتري في الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم بالشفعة ، لأن التصرف يعتمد الملك والملك له وللشفيع حق الأخذ ، غير أن الشفيع ينقض كل تصرف إلا القبض ، وما كان من تمام القبض ، والقسمة من تمام القبض .

(بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة ، وقاسم المشترى الذي

حيث يكون الشفيع نقضه ، لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد ، بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان ، وهو المروي عن أبي يوسف «رح» ، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة ، وعن أبي حنيفة «رح» أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر .

لم يبع) أي الشريك الذي لم يبع قوله المشتري فاعل لقوله قاسم ، وقوله الذي لم يبع في محل النصب على المفعولية أي قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي البائع ولم يبع . (حيث يكون الشفيع نقضه ، لأن العقد ما وقع على الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد) لأن القسمة ما جرت بين المتعاقدين فلم يمكن جعلها قبضاً بجهة العقد وتكميلاً للقبض ، فاعتبرت مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة (بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض هبته وبيعه) أي بل المشتري تصرف بحكم الملك ، فكان مبادلة ، والشفيع أن ينقض المبادلة كما ينقض البيع والهبة وغيرهما من التصرف . (ثم إطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير ، وإطلاق الجواب حيث قال (أخذ الشفيع[1] النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن المشتري فلا يبطل[2] به حق الشفعة ، وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها ، لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر) أي أن الشفيع إنما يأخذ النصف والباقي ظاهر .

---

(١) يدل على أن الشفيع إنما يأخذ نصف الذي .. — هامش .

(٢) لا يملك إبطال حقه بالقسمة — هامش.

قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة ، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل بمنزلة الشراء ، وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء . بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنــــه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيــع له ، قال وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة

(قال ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة) أى قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد رحمه الله عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار وله عبد عليه دين هو شفيعها قال له الشفعة .

(وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء) أي فنزل الآخر بالشفعة بمنزلة الشراء ، ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز ، لأنه يفيد ملك اليد ، فكذا الأخذ بالشفعة . وعند الثلاثة لا شفعة له ، لأنه بائع أومشترى لمولاه كما لم يكن عليه دين (وهذا) أى جواز أخذه بالشفعة (لأنه مفيد) أى لأن أخذه بالشفعة مفيد (لأنه يتصرف للغرماء) لا للمولى .

(بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له) أى لأجله ، وقد مر أن من بيع له لا شفعة له . وقال شيخ الإسلام الأسبيجابي في شرح الكافي وإذاباع الرجل داراً وله عبد تاجر وهو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة ، لأنه لا يأخذ لمولاه بل لنفسه ، فكان مفيداً . ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً من مولاه كان جائزاً إذا كان عليه دين ، فكذا الأخذ بالشفعة ، وإن لم يكن عليــــه دين لا يصح ، لأنه يأخذهـــا لمولاه وهو بائع .

وكذا إذا باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ، ثم قال شيخ الإسلام وإذا باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها فله الشفعة ، لانه أقرب إلى الاجانب من العبد المأذون ، فإنما يأخذ لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيداً .

(قال وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف)

وأبي يوسف « رح » وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفعته إذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة ،

أي قال في الجامع الصغير قال الكرخي في مختصره وإذا بيعت الدار وشفيعها صبي وهو في حجر أبيه أو وصي أبيه أو وصى جده إلى أبيه أو من ولاه عليه إمام أو حاكم فكل واحد منهم في حال ولايته أن يطالب بشفعة الصغير أو يأخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير ، فإن سكت أحد من هؤلاء في حال ماله المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير .

وكذلك إن سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جائز ولا شفعة للصغير إذا بلغ في الوجهين جميعاً وليس لاحد مع الاب ولاية على الصغير ثم وصي الاب ، ثم الجد أب الاب ، ثم وصي الجد . فإن لم يكن واحد من هؤلاء فمن ولاه الإمام والحاكم وتسليم الشفعة من هؤلاء جائز في حال ولايتهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال ابن أبي ليلى وزفر ومحمد إن ذلك لا يجوز وللصغير على شفعته إذا بلغ ، انتهى. وفي الدراية الشفعة تثبت للصغير عند أكثر أهل العلم . وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للصغير وبه قال النخعي والحارث العكلي ، لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشترى ولا يملك وليه الاخذ ، لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ وللجمهور عموم الإخبار وقد مر الكلام فيه فيما مضى مستقصى .

(وقال محمد وزفر « رح » وهو على شفعته إذا بلغ) وبه قال الشافعي ومالك واحمد «رح» في رواية إذا كان النظر في الأخذ . وعن احمد في ظاهر مذهبه إنه لا يسقط سواء ترك مع النظر وعدمه أو عفى ، لانه حق ثابت له فيملك أخذه ولا يسقط بإسقاط غيره.

(قالوا وعلى هذا الخلاف) أى قال المشايخ وعلى الخلاف المذكور (إذا بلغهما) أي الاب والوصي (شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب) أي الشفعة مع إمكان الطلب يسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد ومن تبعه حتى إذا بلغ الصبي لم يكن له حق الاخذ بالشفعة عندهما خلافاً لمحمد .

وعلى هـــذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح .

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) صورته أن يوكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة فتسليمه صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد .

وفي المبسوط إذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة وأقر بأن موكله قد سلم فعند أبي حنيفة رحمه الله يصحان في مجلس القــاضي ، وعند أبي يوسف في المجلس وغيره . وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصحان في المجلس وغيره ثم رجع وقال يصحان فيهما ، ومحمد مع أبي حنيفة في إقراره في مجلس القاضي إذا سلم بنفسه. أما الإقرار عليه فلا يصح أصلاً ، ويقول محمد قال زفر والشافعي والبــاقي ، قوله بطلت الشفعة يتعلق بقوله الوكيل لا بقوله تسليم الوكيل فافهم، واراد بكتاب الوكالة المبسوط(هوالصحيح) احترازاً عما روى عن محمد انه مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل بالشفعة خلافـــاً لابي يوسف .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وإذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جائز ، وإن سلم عند غـــيره لم يكن تسليماً ، وإن أقر عند القاضي أن الذي وكل به سلم الشفعة جائز إقراره عليه ، وإن أقر عند غير القاضي لم يجز استحساناً ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف لا يجوز إقراره عليه . وإن أقر عند غير القاضي ولا تسليمه ثم رجع وقال بجواز إقراره بتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره ، وعلى الذي وكله .

ثم قال شيخ الإسلام وذكر في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي ، ويجوز إقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الروايه بين التسليم وبين إقراره بالتسليم بنفسه،والاصح ما ذكر في الوكالة، لان الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس

لمحمد وزفر « رح » أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده ، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به . ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه . ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبي صح رده من الأب والوصي ،

القاضي عند أبي حنيفة ومحمد . وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول زفر لا يملك إلا عند القاضي ولا عند غيره ، وفي قوله الآخر يملك عندالقاضي وعندغير القاضي.

أما التسليم فمعزل من الجواب في شيء بل هو تصرف مبتدأ، وإنما لا يصح ذلك عند محمد ، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف يصح بناء على أصل آخر، وهو أن من مالك أخذ الدار بالشفعة يملك التسليم ، وعند محمد لا يملك بمنزلة الاب والوصي إنما يملكان تسليم شفعة الصبي عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد وزفر لا يجوز ، وقد نص على الخلاف فيه ، وهذا في معناهما .

(لمحمد وزفر « رح» انه حق ثابت للصغير) أى أن الشفعة حق ثابت متقرر،وتذكير الضمير باعتبار طلب الشفعة (فلا يملكان) أى الاب والوصي (إبطاله) أى إبطال حق ثابت (كديته وقوده) أى قصاصة وقوله ديته في بعض النسخ بالياء آخر الحروف ثم التاء المثناة من فوق بدلالة قود عليه والنسخة الصحيحة المشهورة كديته بالياء آخر الحروف ثم النون ، لانه أعم وأوفق لرواية المبسوط فإنه قال لا تثبت الولاية لهما في إسقاطه كإبراء الدين والعفو عن القصاص الواجب له واعتاق عبده (ولانه) أى ولان طلب الشفعة (شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به) أى فكان إبطال دفع الضرر اضراراً بالصبي .

(ولهما) أى ولابي حنيفة وأبى يوسف (أنه) أى الاخذ بالشفعة (فى معنى التجارة) لانه يملك العين بالثمن وهو على الشراء(فيملكان تركه) أى يملك الاب والوصى ترك الاتجار ، فكذا يملكان ترك الشفعة (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن من أوجب بيعاً للصبي) بأن قال رجل بعت هذا العبد لفلان الصبي بكذا (صح رده من الاب

ولأنه دائر بين النفع والضرر ، وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه ، وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظراً . وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي

والوصى) أى رده من الاب والوصى،أى رد هذا الايجاب سواء كان الراد أباً أو صبياً.

(ولأنه دائر بين النفع والضرر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود ، أي ولأن ترك الشفعة أو طلبها دائر بين النفع بأن بقي الثمن على ملكه الضرر بأن يحصل الصبي إذ الدخيل في الترك على ما نبينه الآن ، بخلاف الدية والقود ، فان تركها ترك بلا عوض فيكون إضراراً به .

(وقد يكون النظر في تركه) أي في ترك طلب الشفعة (ليبقى الثمن على ملكه) أي على ملك الصبي (والولاية نظرية) أي ولاية الأب والوصي نظرية ، يعني لأجل النظر في حقه (فيملكانه) أى إذا كان الأمر كذلك فيملك الأب والوصي ترك طلب الشفعة (وسكوتهما) أي سكوت الأب والوصي عن طلب الشفعة حين العلم ببيع الدار (كإبطالهما) صريحاً (لكونه دليل الإعراض) أي لكون السكوت عن الطلب دليل الإعراض عنه مع القدرة عليه .

(وهذا) أي هذا الخلاف (إذا بيعت) الدار (بمثل قيمتها ، فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع) أي بلا خلاف لمحمد وزفر والشافعي (لأنه تمحض نظراً) أى صار نظراً محضاً للصبي .

(وقيل لا يصح) أي التسليم (بالإتفاق) بين أصحابنا . وفي الكافي وهو الأصح ، وهكذا ذكره في المبسوط (لأنه) أى لان الولي (لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم

وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة ، فعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن أبي يوسف « رح » والله أعلم .

كالأجنبي) حيث لا يملك الأخذ ولا التسليم ، فيصير الولي كالأجنبي .

(وإن بيعت) الدار (بأقل من قيمتها محاباة كثيرة) أي لأجل المحاباة الكثيرة بأن بيعت ما يساوي ألفاً بأقل من خمسمائة (فعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصح التسليم منهما) أي من الأب والوصي ، لان ولايتهما نظـــرية ، والنظر في أحدها في مثـــل هذا لا في تسليمها .

وذكر في المختصر والمختلف في هذه المسألة عن أبي حنيفة أنه لا يجـوز أيضـاً لأنه امتنـــاع عن دخوله في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرعاً ، فهذا بخلاف رواية الهداية وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله ، مع أن قول محمد وزفر والشافعي كذلك ، لان الشبهة ترد على قوله ، فان تسليم الأب والوصي يجـوز عنده إذا بيعت بمثل قيمتها فينبغي أن يجوز بأقل ، لما أن هذا البيـع وإن كان بالمحاباة الكثيرة فانه لا يخرج عن معنى التجارة ولهما ولاية الإمتناع عن التجارة في مـــاله ، لكن قال لا يصح فيما يروى أبى حنيفة « رح » ، لأن تصرفهما في ماله يدور مع الوجه الأحسن ، فلما تعينت جهـة الأحسن في هذا المبيع فى الاخذ فكان في التسليم قربان ماله بغير الأحسن .

ولهذا المعنى خص قول أبي يوسف بقوله (ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله) وإن كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها .

وفي الذخيرة والمغني ولو اشترى الأب داراً للصغير وهو شفيعها يأخذها بالشفعة عندنا إذا لم يكن بالأخذ ضـــرر للصغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ينبغي أن يقول اشتريت الصبي وأخذت بالشفعة ، لأن شراءه بماله لنفسه جائز ، فكذا بالشفعة . ولو كان مكان الأب وصي فان كان في الاخذ له منفعة بأن اشتراه بغبن يصير له أن يأخذها على قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف كما في شراء الوصي مال الصغير لنفسه .

وللشافعي فيه وجهان في وجه له الاخذ ، وفي وجه لا ، وبه قال أحمد للتهمة ،

أما إذا لم يكن للصغير فالأخذ منفعة لا يجوز أخذها بالإجماع . ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة له للتهمة،فاذا بلغ يأخذها إن شاء.

أما الأب لو اشترى داراً لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير حتى بلغ ليس للصغير أخذها لبطلان شفعته بسكوت الأب ، أما لو باع الأب داراً لنفسه والصبى شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير لا تبطل شفعته ، حتى إذا بلغ كان له الاخذ . اما الوصي لو باع داراً لنفسه ثم اشترى لنفسه والصبي شفيعها فسكوته لا يبطل شفعته ، حتى إذا بلغ له الأخذ . وفي الجامع الاصغر لو باع الوصي داراً ليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له ، إلا إذا باعها وكيل القاضي أو القاضي وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .



كتاب القسمة

قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة ،

(كتاب القسمة)

أي هذا الكتاب في بيان أحكام القسمة فيكون ارتفاع الكتاب على أنه خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز نصبه على إقرأ كتاب القسمة أو خذه أو هاك . وإيراده عقيب الشفعة لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ، فان أحد الشريكين إذا أراد الإفتراق مع بقاء ملكه بطلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة ، وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على أصل وهي في اللغة اسم للإقتسام كالقدوة اسم للاقتداء أو الاسوة اسم للائتساء . وقال الجوهري القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم ، والقسم بالكسر الحظ والنصيب من الخير ، وقاسمه المال فتقاسماه واقتسماه بينهما ، والإسم القسمة مؤنثة . وقال السغناقي نصيب الإنسان من الشيء ، يقال قسمت الشيء بين الشركاء وأعطيت كل شيء يده بقسمته وقسمه . وفي الشريعة جميع النصيب الشائع في مكان ، وسببها طلب الشريك الإنتفاع بنصيبه على الخصوص ، ولهذا لو طلبها يجب على القاضي إجابته على ذلك ، ذكره في المبسوط .

وركنها ما يحصل بها الإفراز والتمييز بين النصيبين كالمكيل في المكيلات ، والموزون في الموزونات ، والزرع في المزروعات ، والعدد في المعدودات .

وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة ، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما .

(قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة) أي قال صاحب الهداية رحمه الله أي مشروعة بالكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر ﴾ ٢٨ القمر ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ١٥٥

لأن النبي عليـــه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير . ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة ، لأن ما يجتمع لأحدهما

الشعراء ، في قصة ناقة صالح عليه السلام ، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا لم يكن فيه نكير .
وقوله سبحانه وتعـــالى : ﴿ وإذا حضر القسمة أولى القربى ﴾ ... الآية ٨ النســـاء ،
وبالسنة أشار إليه بقوله (لأن النبي ﷺ باشرها في المغانم والمواريث) أي باشر القسمة ،
أما قسمته ﷺ في الغنائم فقد ذكرناها في كتاب السير .

وأما قسمة المواريث فمنها ما أخرجه البخاري عن هذيل بن شرحبيل قال سئل أبو موسـى الأشعري عن ابنة وابنة ابن واخت ، فقال للبنت النصف ، وللاخت النصف ، وأن ابن مسعود فسيتابعني فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى فقال « لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين » أقضي فيها بما قضى رســول الله ﷺ للإبنة النصف ، ولبنت الإبن السـدس تكملة للثلثين ، وما بقـــي فللأخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم .

ومنها ما أخرجه النسائي عن عبد الله بن شـــداد عن ابنة حمزة قالت مات مولى لي فترك ابنة فقسم رســول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته ، فجعل لي النصف ولها النصف .
وقد تكلمنا فيه مستوفى في الولاء .

ومنها ما أخرجه أبو داوود والترمذي وابن ماجة عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله أن امرأة سعد بن الربيع قالت ، يا رســـول الله إن ســعداً هلك وترك ابنتين وأخاه ، فعمد أخوه فقبض ما ترك سعد ، وإنما تنكح النساء على أموالهن ، فقال ﷺ ادع لي أخاه ، فجاء فقال ادفع إلى ابنتيه الثلثين وإلى امرأته الثمن ولك ما بقي .
ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(وجرى التوارث بها) أي القسمة (من غير نكير) من أحد من الأئمة ، وأفاد بهذا أن الأمة أيضـــاً أجمعت على جواز القسمة وفعلها (ثم هي) أي القسمة (لا تعرى عن معنى المبادلة) أي لا تخلو عن معنى المبادلة (لأن ما يجتمع لأحدهما) أي لأحد المتقاسمين

بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه ، فكان مبادلة وإفرازاً ،

(وبعضـــه) أي بعض ما يجتمع ، وارتفاعه على أنه بدل من الضمير الذي في يجتمع (كان له وبعضه كان لصاحبه) وهو الثاني من المتقاسمين (فهو) أي أحد المتقاسمين (يأخذه) أي يأخذ ذلك البعض الذي كان لصاحبه (عوضاً عن ما بقي من حقه في نصيب صاحبه) انتصاب عوضاً على الحال من الضمير المنصوب في يأخذه (فكان مبادلة) أي إذا كان الأمر كذلك تكون القسمة مبادلة حقيقـــة ، وإنما ذكر الفعل باعتبار القسم والتقاسم (وإفرازاً) من حيث الحكم ، أي تمييزاً ، يقال أفرزت الشيء إذا عزلته من غيره وميزته مثل فرزته وفارز شريكه أي فاصله .

إعلم أن القسمة قد تقـــع في أموال متغايرة ومتجانسة ، أما المغايرة فمثل الدور والأراضي المختلفة والثياب والدواب وصنوف الأموال المتغايرة ، ففي هذه المواضع تقـع القسمة معاوضة فيها معنى الإفراز .

وأما المعاوضة فلأنه نقل حقه من محل إلى محل آخر بعوض وأما الإفراز فلأن المالك لم يحدث بالقسم ، لأنه كان ثابتاً قبلها ، لكن على سبيل الاختلاط فهو بالقسمة يتميز عـــن ملكه وملك صاحبه يبين حقه في هذا المقسوم ، فلـما ظهر معنى المعاوضة هاهنا توقفت الصحة على اختيارهما ، حتى لو أراد أحدهما أن يقسم وامتنع الآخر لا يجبر عليـه ، لأن الجبر على المعاوضة لا يستقيم .

وأما المجانسة فمثل المكيل والموزون والدراهم والدنانـير ، فإن معنى الإفراز ظاهر هنا ، لأن ما صار له بالقسمة لا يغاير ما كان له قبل ذلك ، فصار كأنه عين حقه لاستوائهما في تعلق المصالح والاعراض بها ، ولهذا يأخذ أحد الشريكين نصيبه حال غيبة الآخر . وكذا يبيـع أحدهما نصيبة في غيبه الآخر . وكذا يبيـع أحدهما نصيبه مرابحة بعـــد القسمة إذا اشتراه ثم اقتسماه .

بخلاف الاشياء المتغايرة حيث لا يأخذ أحدهما نصيبه في عين الآخر ، وكذا لا يبيعه مرابحة . وفي الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع ، قسمة لا يجبر الابي كقسمة الاجناس

والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت، حتى كان لأحدهما أن يأخــذ نصيبه حال غيبة صاحبه. ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر.

المختلفة. وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات. وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم. والخيارات ثلاثة خيار شرط، وخيار عيب، وخيار رؤية. ففي قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات أجمع، وقسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات فانه يثبت خيار العيب، وهل يثبت خيار الرؤيــة والشرط، على رواية أبي سليمان يثبت وهــو الصحيح وعليه الفتوى، وعلى رواية أبي حفص لا يثبت

(والإفراز هو الظاهر في المكيلات) أي معنى الإفراز والتمييز هــو الظاهر في المكيلات (والموزونات لعدم التفاوت) أي في أبعاض المكيلات والموزونات، لان ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى، فأمكن أن يحصل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين (حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه) لانه يأخذ عين حقه فلا يتوقف على حضور الآخر.

(ولو اشترياه) أي لو اشترى الشريكان شيئاً من المكيلات او الموزونات (فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن) لان نصيبه عين ما كان مملوكاً له قبل القسمة (ومعنى المبادلة هــو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت) في الاصل (حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه حال غيبة الآخر) لان ما يصيب كل واحد منهما نصفه مما كان مملوكاً ونصف عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه.

فان قلت أليس انهما لو اقتسما أرضاً أو داراً أو بنى أحدهما في نصيبه ثم استحق ما بنى فيها ونقض بناه كأنه لا يرجع على صاحبه بقيمــة البناء. ولو كانت مبادلة لصار

ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ، إلا أنها إذا كانت من جنس واحـــد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصـــد ، والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين ، وهذا لأن أحدهم

مفروزاً فيرجع . قلت كل واحد منهما يضطر في هذه المبايعة لإحياء حقـه ، وفي مثل هذا لا يظهر الغرور .

(ولو اشترياه فاقتسماه) أي لو اشترى الإنسان شيئـــاً من الحيوانات أو العروض ثم اقتسماه (لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة) لما ذكرنا أن ما يصيب كل واحد منهما نصفه فيما كان مملوكاً ، ونصفه عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه . وعند الشافعي وأحمد القسمة إفراز في الكل . وعن الشافعي يبيع فى الكل . وعند مالك فيما اتخـذ جنساً وصفة إفرازاً فى غير مبادلة.

(إلا أنها إذا كانت من جنس واحد) هـذا جواب سؤال يرد على قوله معنى المبادلة وهو الظاهر بأن يقال لو كان الرجحان للمبادلة ينبغى للقاضى أن لا يجبر الآبي عـــن القسمة فى غير ذوات الامثال كما لا يجبر على بيع ماله فقال إلا أنها ، أي أن الاموال إذا كانت من جنس واحد (أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد) باتحاد الجنس ، فان المقصود من الشاة مثل اللحـم ولا يتفاوت كثيراً ، ومن الفرس الركوب كذلك ، والطالب للقسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى إجابته (والمبادلة مما يجري فيه الجبر) هذا أيضاً جواب عن إشكال ، يعني لم قلتم أنها تتضمن معنى المبادلة فكيف يجبر فأجاب بأن المبادلة مما يجري فيه الجبر مقصوداً (كما فى قضاء الدين) فان المديون يجبر على القضاء من أن الديون تقضى بأمثالها ، فصار ما يؤدي بدلاً عما فى ذمته ، وهذا جبر فى المبادلة وقد جاز فلأن يجوز فيما لا قصد فيها إليه أولى .

(وهذا) إشارة إلى قوله أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشرء (لأن أحدهم

بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالإنتفاع بنصيبه ، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته ، وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز ،لأن الحق لهم. قال وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال

بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته) دفعاً للضرر عنه ، لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحق إلى المستحق (وإن كانت أجناساً مختلفة) أي وإن كانت الأعيان المشتركة أجناساً مختلفة كالمعز والغنم والبقر والإبل (لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد) .

والحاصل أن الأعيان المشتركة لا تخلو إما أن تكون من جنس واحد أو أجناس مختلفة ،فالأول لا يخلو أما إن كانت مما يجري فيه الربا كالمكيل والموزون أو لا كالحيوانات والقاضي يجبر عند طلب أحدهما في هذين الوجهين بعد أن كانا من جنس واحد ، لأن الآبي متعنت ، هذا إذا كانت المنفعة بعد القسمة تبقى ، أما إذا لم تبق بل تتضرر كل واحد لا يقسمه بغير التراضي كالحمام والبيت الصغير والحائط ونحو ذلك مما يحتاج إلى الشق والقطع ، وبه قالت الثلاثة ، وعندالتراضي روايتان ، في رواية لا بأس للقاضي أن يشق بإذنهما . وفي رواية لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض إليهما . وإن كانت من أجناس مختلفة وطلب أحدهما فلا يقسمها بغير التراضي ، كذا في شرح الطحاوي .

(ولو تراضوا عليها) أي على القسمة عند اختلاف الأجناس (جاز ، لأن الحق لهم) لأن القسمة بها مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط في النص .

(قال وينبغى للقاضى أن ينصب قاسماً) أي قال القدوري والقاسم فاعل من قسم الدراهم يقسم من باب ضرب يضرب (يرزقه من بيت المال) من رزق الأمير الجند إذا أعطاهم ما يكفيهم ، والرزق بالكسر ما ينتفع به ، والجمع الأرزاق بالفتح المصدر من

ليقسم بين الناس بغير أجر ، لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم بـــه قطع المنازعة ، فأشبه رزق القاضي ، لان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرمـــاً بالغنم .

قال فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالاجر ، معناه بأجر على المتقاسمين ، لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يحكم بالزيادة . والافضل أن يرزقه من بيت المال ، لانـــه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة .

رزق يرزق ومن ضرب يضرب (ليقسم بين الناس بغير أجر) أي يؤخذ منهم (لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة) أي بالقسمة ، وتذكير الضمير باعتبار القسم (فأشبه رزق القاضى) أى فأشبه رزق القاسم رزق القاضى ، حيث يأخذ كل منهما في مقابلة قطع المنازعة وفصل الخصومة (لأن منفعة نصب القاسم تعم العامــة فتكون كفايته في مالهم) أي في مال العامة وهو بيت مال المسلمين (غرماً بالغنم) أي لاجل الغرم بمقابلة الغنم ، فانتصابه على التعليل .

(قال فإن لم يفعل) أي قال القدوري ، أي إن لم ينصب القاضى قاسماً يرزقــه من بيت المال (نصب قاسماً يقسم بالاجر ، معناه بأجر على المتقاسمين) . فإن قلت القسمه لما التحقت بالقضاء وأخذ الاجر عليه لا يجوز، فكذا عليها.قلت القضاء فرض بعدالتحمل، بخلاف القسمة ، فجاز أخذ الاجر عليها (لان النفع لهم على الخصوص) أي لان النفع حاصل للمتقاسمين على الخصوصية ، فكذا الاجر عليهم..

(ويقدر أجر مثله) أي يقدر القاضى أجـــر مثل القاسم (كيلا يحكم بالزيادة) أي بزيادة الاجر على قدر عمله (والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعـد عن التهمة) أي تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة. وقال تاج الشريعة لانه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال يمهل بأخـذ الرشوة إلى البعض ،

ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة، لانه من جنس عمل القضاء، ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم، ومن الإعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد، معنـــاه لا يجبرهم على أن يستأجروه، لانه لا جبر على العقود، ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله. ولو اصطلحوا فاقتسموا جـــاز،

فكان هذا أرفق بالناس وأبعد عن التهمة. وفي أدب القاضي للصدر الشهيد لا يجـــوز للقاضي أخذ الاجرة على القسمه لانها واجبة عليه، والقاسم يجوز. وفي الذخيرة يجوز للقاضي أخذ أجرة القسمة، لان القسمة ليست بقضاء حقيقة، حتى لا يجب على القاضي مباشرتها، وإنما عليه جبر الآبي على القسمة إلا إن شابهها بالقضاء من حيث أنها تستفـاد بولاية القاضي حتى ملك جبر الآبي دون غيره، فمن هذا الوجه لا يستحب له أخذها، وبه قال الثلاثة إذا لم يكن للقاضي من بيت المال رزق.

(ويجب أن يكون) أي القاسم (عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة لانه من جنس عمـــل القضاء) لان القاضي يحتاج إلى تمييز الحقوق إلى قبول قوله، فيشترط فيه العدالة كالشاهد، وإنما ذكر الامانة فإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (ولانه لا بد من القدرة) على القسمة (وهي) أي القدرة عليهـــا يكون (بالعلم ومن الاعتماد على قوله) أي ولا بد من الاعتماد على قول القاسم في تمييز الحقوق كما ذكرنا (وهو بالامانة) أي الاعتماد على قوله يكون بالامنة بأنه مأموناً.

(ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) هذا لفظ القدوري في مختصره (معناه) أي معنى كلام القدوري هذا (لا يجبرهم على أن يستأجروه) أي لا يجبر القاضي المتقاسمين على استئجار قاسم معين (لانه لا جبر على العقود) لان الحق لهم، فإذا رضوا بمن يتولى حقهم جاز كما في سائر الحقوق. (ولانه لو تعين) أي ولان القاسم الواحـــد لو تعين (لتحكم بالزيادة على اجر مثله) وفيه ضرر عليهم ولا ضرر في الإسلام.

(ولو اصطلحوا) أي الشركاء (فاقتسموا) أي بدون رفع الأمر إلى القاضي (جاز)

إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي ، لانه لا ولاية لهم عليه . قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم ، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الاجر . قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف ومحمد « رح » على قدر الانصباء ،

لأن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات (إلا إذا كان فيهم صغير) أي في الشركاء ، أو مجنون أو غائب (فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه) أي على الصغير .

(قال ولا يترك القسام) أي لا يترك القاضي القسام ، وهو بضم القاف جمع قاسم كالزراع جمع زارع ، ويجوز رفع القسام باسناده إلى الفصل المجهول ، أي لا يتركون (يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم) وهو أن يكمل بعضهم الأمر إلى بعض. الحاصل أن القاضي لا يخلي شركتهم ، بحيث لا يتجاوز الأمر القسمة عنهم إلى غيرهم ، لأنهم في ذلك يكملون الأجر زيادة على أجر المثل فيتضرر به المتقاسمين ، بل يقول استدانت بالقسمة بلا مشاركة ، فكذا في كل واحد (وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم) أي من القسام (إليه خيفة الفوت) أي في القسمة ، والتذكير باعتبار القسم ، وانتصاب خيفة على التعليل ، أي لأجل خوف الأجر (فيرخص الأجر) على المتقاسمين .

(قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة) أي قال القدوري ، وقال مالك و كذا ذكر أبو القاسم بن الجلاب البصري ، صورتها دار بين ثلاثة لأحدهم النصف ، وللآخر الثلث ، وللثالث السدس فاستأجروا قاسماً بأجر معلوم فقسمها بينهم . قال أبو حنيفة الأجرة عليهم أثلاثاً على كل واحد منهم .

(وقال أبو يوسف ومحمد « رح » على قدر الأنصباء) فيكون على صاحب النصف نصف الأجرة ، وعلى صاحب الثلث ثلثها ، وعلى صاحب السدس سدسها ، وبه قال الشافعي وأحمد واصبغ المالكي في مختصر الأسرار . قال أبو حنيفة القسام على عدد

لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجره الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولابي حنيفة «رح» أن الاجر مقابل بالتمييز ، وانه لايتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره ، فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، بخلاف حفر البئر ، لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت ،

الرؤوس دون الأنصباء إلا في المكيل والموزون ، فإنها تكون على قدر الأنصباء وفي الكافي للحاكم الشهيد قال أبو حنيفة الأجر على عدد الرؤوس ، فإن كان نصيبه أقل من نصيب صاحبه وقال لعل النصيب القليل أشد حساباً من النصيب الكثير (لأنه) أي لأن الأجر (مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان) في المال المشترك بأن استأجروا الكيال ليفعل المكيل ، أو الوزان ليفعل الموزون فيما هو مشترك بينهم (وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك) فإن المؤنة فيها على قدر الأنصباء .وكذلك إذا استأجروا رجلاً لبناء جدار أو لبطن سطح بينهم فإن الأجر على التفاوت .

(ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز) لأن المعقود عليه التمييز (وأنه)أي التمييز (لايتفاوت)تحقيق هنا أن القسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود، لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب الأجر ، كما إذا قسم بنفسه ، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة (وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل) لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ، ويزداد بقلة الأنصباء أو أقل تمييز يصعب صاحب القليل أشق (وقد ينعكس الأمر) بأن يكون حساب نصيب صاحب الكثير أشق لكسور وقعت فيه (فتعذر اعتباره) أي اعتبار كل واحد من قليل الملك وكثيره (فيتعلق الحكم بأصل التمييز) أي إذا كان الأمر كذلك فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، ولأنه لا يتفاوت ، لأن القليل والكثير فيه سواء كما كان في السفر كما كان في المشقة حقاً أدير الحكم على نفس السفر .

(بخلاف حفر البئر ، لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت) أي نقل التراب

والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف ، وإن لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن ، وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل . وعنه أنــــه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع .

يتفاوت بتفاوت العمل بالقلة والكثرة (فاعتـبر قدر المكيل والموزون إن كان للقسمة ، قيل هو على الخلاف) هذا جواب عما يقال كأجرة الكيال والوزان، يعني إن كان الكيل أو الوزن لأهل القسمة ، قيل هو على المذكور ، فيكون الكيال والوزان بمنزلة القسام .

(وإن لم يكن للقسمة) بأن اشتريا مكيلا أو موزوناً وأمر إنساناً بكيله يصير المكيل معلوم القدر (فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت) أي عمل الكيل والوزن يتفاوت ، فيكون الاجر على قدر الانصباء ، لان الاجر استحق بأن فعل المكيل من غير اعتبار افراز ، وفعل المكيل يتقدر بقدر المكيل فيتفاوت البدل أيضاً ، كذا في الاسرار (وهو العذر لو أطلق) أي التفاوت هو العذر ، أي الجواب عن قياسهما على أجر الكيال والوزان لو كان الاجر يجب ثمنه مطلقاً بلا تفصيل على قدر الانصباء ، فإن كيل الكبير أشق وأصعب لا محالة من القليل ، وكذلك الوزن بخلاف القسام ، فإن القسمــة إفراز ، والشريكان فيه سواء ، فإن إفراز القليل فرز الكثير لا محالة وبالعكس (ولا يفصـــل) تالله لقوله لو أطلق أي لو أراد أجر المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل القسمة أوليس للقسمة والعذر ، أي الفرق أن هناك إنما استوجب للأجر بعمله في الكيل والوزن أن يرمي انه لو استعان في ذلك بالشركاء ، لان كل عاقل يعرف انه كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة ، فلهذا كانت الاجرة عليها بقدر الملك ، بخلاف القسام .

(وعنه) أي وعن أبي حنيفة (انه) أي أن الاجر (على الطالب) أي على طالب القسمة (دون الممتنع) من القسمة (لنفعه) أي لنفع الطالب (ومضرة الممتنع) لانــه امتنع لضرر يلحقه ، فلا تلزم الاجرة من لا منفعة له . وقال الاقطع روى الحسن عن أبي حنيفة أن الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع . وقال أبو يوسف عليهما . وفي الهداية وقال عليها ، وبه قالت الائمة الثلاثة . وفي النوازل سئل أبو جعفر عن أهل قرية غرمهــا

قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة « رح » حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته ، وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقـــار وادعوا أنه ميراث قسمة في قولهم جميعاً . ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمة بينهم .

الملك فأرادوا أن يقسموا فيما بينهم ، قال يقسم على عدد الرؤوس. وقال بعضهم يقسم على قدر الاملاك . قال الفقيه إن كانت الغرامة لتحصين أموالهم قسم ذلك على قدر أملاكهم وإن كانوا غرموا لتحصين الابدان قسم على قدر رؤوسهم التي يتعرض لهم ، ولا شيء على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم لانه مؤنه الناس .

(قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي) أي قـال القدوري وإذا حضر الشركاء عند القاضي (وفي أيديهم دار أوضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عندأبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته) أي موت فلان ، وكمية الورثة ، قيـد بقوله داراً وضيعة ، لان لو كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل القسم بإقرارهم انـه ميراث بالإتفاق قيد بالإرث لانهم لو ادعو شراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالإتفاق في رواية الاصل على ما ذكر في الكتاب .

(وقال صاحباه) أى صاحبا أبا حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد « رح » (يقسمهـــا باعترافهم) أى بإقرارهم بدون بينة لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم ، وبـــه قالت الثلاثة عن الشافعي لا يقسم إلى الجميع بلا بينة للاحتياط (ويذكر) أي القاضي (في كتاب القسمة) أى في صك القسمة (انه قسمها بقولهم) أى بقول الشركاء (وإن كان المـــال المشترك ما سوى العقار) كالعروض والحيوانات ونحوهما مما ينقل(وادعوا انهميراثقسمة في قولهم جميعاً) أى في قول أبي حنيفة وصاحبيه (ولو ادعوا في العقار انهـــم اشتروه قسمة بينهم) هـــذا لفظ القدورى . قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب

لهما أن اليد دليـــل الملك والإقرار إمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى . وهذا لانه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد ، إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم . وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركـــة مبقاة على ملكه قبل القسمة ، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها. بخلاف ما بعد القسمة ،

القسمة . وذكر في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لانهم اعترفوا بالملك طبائع وادعوا انتقاله إليهم فلا يقبل إلا ببينة كما لو ادعوا الميراث .

(لهما) أى لابي يوسف ومحمد «رح» (أن اليد دليل الملك والإقرار إمارة الصدق ولا منازع لهم) أى في الظاهر (فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى ،وهذا) أى جواز القسمة باقرارهم بدون البينة (لانه لا منكر) أى لان الشأن لا منكر ها هنا (ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد) أى البينة ، يعني فلا يكون طلب البينة بـلازم (إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم) أى ولا يتعدى حكمه إلى غير الشركاء الحاضرين .

(وله) أى ولابي حنيفة (أن القسمة قضاء على الميت إذا كانت التركة مبقاة على ملكه) أى على ملك الميت (حتى لو حدثت الزيادة قبلها) أى قبل القسمة بأن كانت الوصيـة جارية لفلان مثلاً فولدت قبل القسمة (تنفذ وصاياه فيها) أى في الزيادة حتى ينفـــذ الوصية فيها عن الثلث كأنه أوصى بها (ويقضي ديونه منها) أى من الزيادة تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بها (بخلاف ما بعـد القسمة) فان الزيادة للموصى له . وفي جامع قاضي خان ومن أوصى بجارية لرجـــل ومات فولدت ولداً أو اكتسبت كان الولد والكسب لورثة الميت ،وإن حدثت الزيادة بعـد القسمة يكون للموصى له ، وإن كانت الزيادة مع الجارية لا يخرج من الثلث .

وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بـــد من البينة وهو مفيد ، لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث ، ولا يمتنـع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره . بخلاف المنقول ، لان في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ .

(وإذا كان قضاء على الميت) أى وإذا كانت القسمة قضاء على الميت ذكر الفعل باعتبار القسم (فالاقرار ليس بحجة عليه) يعني إقرارهم ليس بحجة على الميت ، لانه حجـــة قاصرة (فلا بد من البينة) ليست به القضاء على الميت (وهو مفيد) أى البينة مفيد عـلى تأويل قيام البينة مفيد ، وهذا جواب عن قولهما لانه منكر ولا بينة إلا على المنكر فـلا يفيد فقال بل يفيد (لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث) فيكون مدعى عليه لان أحدهم يجعل مدعياً والآخر مدعى عليه (ولا يمتنع ذلك باقراره) أي لا يمتنع كونه خصماً بسبب إقراره ، وهذا جواب عما يقال كل منهما مقر بدعوى صاحبه ، والمقر لا يصح خصماً للمدعى عليه فقال لا يمتنع ذلك باقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً (كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فان [1] تقبل البينة عليه مع إقراره) أى على كل واحد من الوارث والوصي مثلا إذا ادعى على الميت ديناً وأقر به وارثه أو وصيه يكلف إقامة البينة وينتصب الوارث أو الوصي خصماً للمدعى عليـه فقال لا يمتنع ذلك باقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصماً له وإن كان مقراً .

(وبخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما في المنقول المورث ، وأجاب عن ذلـــك بوجهين ، الاول : هو قوله (لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ) لأن العروض يخشى عليها من التوى والتلف ، وفي القسمة تحصين وحفظ لها وذا لا يوجد في العقـــار ، أشار إليه بقوله أما العقار محصن بنفسه فلا يخشى عليه من التوى . والثاني: هو قوله ولا كذلك العقار عنده ، أي عند أبي حنيفة لأنه مضمون على من ثبت يده ، أشار إليه بقوله (أمـا

---

(١) فإنه — هامش

أمـــا العقـار محصن بنفسـه ، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده ، وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع ، وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير .
قال وإن ادعوا الملك ولم يذكر كيف انتقل إليهم قسمه بينهم ، لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما أقروا بالملك لغيرهم . قـــال « رض » هـذا رواية كتاب القسمة . وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما

العقار محصن بنفسه) فلا يخشى عليه من التوى .

والثاني : هو قوله (ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده) بعـــد القسمة ، يعني يصير مضموناً عليه بالقبض في حق غيرهم ، ففي جعل ذلك مضموناً عليهم بعد القسمـة نظراً للميت ، وذا لا يوجد في العقار ، لأنه مضمون على من أثبت يده عند أبي حنيفـة ، وهذا معنى قوله (ولا كذلك العقار عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقد المشترى ، تقريره أن العقار المشترى لأن القسمة فيه باعتبار ظاهر اليد ، فلا يكون استحقاقاً على الغير (لأن المبيـع لا يبقى على ملك البائع ، فإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير) وروى عن أبي حنيفة رحمـه الله في رواية الاصول لا يقسمها بلا نية كما في الميراث .

(قال وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقـــل) أي قال القدوري لم يذكروا سبب الانتقال (إليهم) في الشراء والإرشاد غيرهما (قسمه بينهم ، لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير ، فانهم ما أقروا بالملك لغيرهم) لأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه له فيقبل قولهم في القسمة

(قال رحمه الله وهذه رواية كتاب القسمة) أي قال صاحب الهداية هذا الذي ذكره القدوري بقوله وإن ادعوا الملك ... الخ كتاب القسمة من المبسوط ، وسياق الجامـــع الصغير على خلاف ذلك ، أشار إليه بقوله(وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان وأقاما

البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما . ثم قيل هو قول أبي حنيفة « رح » خاصة ، وقيل هو قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه ،

البينة أنها في أيديها وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) أي أن الأرض لهما، أي ملكهما (لاحتمال أن تكون لغيرهما) لأنهما لم يذكرا السبب ، واحتمل أن يكون ميراثاً فيكون ملكاً للغير ،يحتمل أن يكون مشترى فيكون ملكاً لهما فلا يقسم احتياطاً.

(ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة) أي المذكور في الجامع الصغير ، وهو قوله لا يقسمها حتى يقيم البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لاقولهما ، لأن عند أبي حنيفة الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثاً كما ذكرنا . وعندهما يقسم في الميراث بدون البينة ، فهاهنا اولى (وقيل هو قول الكل) أي قيل المذكور في الجامع الصغير قول أبي حنيفة وصاحبيه جميعاً ، وإليه مال فخر الإسلام في شرحه . وقال تاج الشريعة قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع ، فموضع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء ، وموضع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا لليد ابتداء ، وبيانه انهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره ، إذ الأصل أن الأملاك في يد المالك ، فيعتبر هذا الظاهر ، وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل ، فيقسم بينهما بناء على الظاهر ، أما إذا ادعيا اليد وأعرضاعن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه لأنهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لاتكون إلا للمالك ، فلما سكتا عنه دل على أن الملك ليس لهما فيتأكد ذلك لاحتمال السابق ، فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال ، وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما .

(وهو الأصح) أي المذكور انه قول الكل هو الأصح (لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه) أراد بهذا أن القسمة نوعان ، قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق

وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملـــك فامتنـع الجواز .

قال وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمهـــا القاضي بطلب الحاضرين ، وينصب وكيلاً يقبض نصيب الغائب ، وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيـــاً يقبض نصيبه ، لأن فيه نظراً للغائب والصغير ، ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً ،

اليد لأجل الحفظ والصيانة . والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك (وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك) أي قيام الملك لا ملك بدون البينة (فامتنع الجواز) أي جواز القسمة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا حضر الوارثان) في اثبات إلى القاضي(وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم) أي والحال أن الدار في ايديهم ، وكان ينبغي أن يقول في أيديهما ، لأن المذكور التثنية ، ولكن فيها معنى الجمع ، وهذا أحسن من أن يقال قوله في أيديهم ومعهم وارث وقع سهواً من النـــاسخ ، والصحيح في أيديهما لأنهما لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة ، وقد ذكر بعد هـــذا في الكتاب ، وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم ، وقيـل الصحيح انه يقال في أيديهما ومعهما على وجه هكذا بخط بعض الثقات (ومعهم وارث غائب) أي ومعهما وارث . وقد قلنا أن في التثنية معنى الجمع (قسمها القاضي بطلب الحاضرين) بفتح الراء تثنية حاضر (وينصب وكيلا ويقبض نصيب الغائب) أي ينصب القـــاضي وكيلا لأجل قبض نصيب الغائب نظراً له .

(وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه ، لأن فيه) أي في نصيب كل واحد من الوكيل والوصي (نظراً للغائب والصغير) وكذا لو كان مجنون (ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة ايضاً عنده) أي لا بد من إقامة البينة على الوفاة وعدد الورثة فيما إذا كان مكان الغائب صبي عند أبي حنيفة كما إذا كان معهم وارث غائب

خلافاً لهما كما ذكرناه من قبل. ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم. والفرق أن ملك الوارث ملك خلافـــه حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع، ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصمـــاً عن الميت فيما في يـــده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ، ولهذا

(خلافاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (كما ذكرنا من قبل) وهو قوله لم يقسمها حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقال صاحباه يقسم باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم) هذا لفظ القدوري، يعني لم يقسم وإن أقاموا بينة.

(والفرق) في دعوى الإرث إذا أقاموا البينة يقسم مع غيبة أحدهم، وفي دعوى الشراء لا يقسم مع غيبة أحدهم وإن أقام البينة على الوفاة وعلى الورثة (إن ملك الوارث ملك خلافه حتى يرد) أي الوارث (بالعيب فيرد عليه) أى على بائع المورث (بالعيب فيما اشتراه المورث) بكسر الراء وهو الميت (أو باع ويصير) أي الوارث (مغروراً بشراء المورث) حتى لو اشترى جارية فمات فاستولدها الوارث فاستحقت يصير الوارث مغروراً ويكون الولد حراً بالقيمة يرجع بها الوارث على البائع كالمورث في حيـــاته (فانتصب احدهما) أى أحد الحاضرين (خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين) أنه لو ادعى رجل على ميت شيئاً وأقام البينة على أحد الورثة يقبل ويظهر الحـــكم في حق الحاضر والغائب، والمعنى فيه مـــا ذكره من قوله إن ملك الوارث بطريق الخلافة فيكون الوارث قائماً مقام المورث فيكون إقامة البينة على الوارث إقامة على المورث. ولو أقيمت البينة على المورث حقيقة يظهر في حق الغـــائب والحاضر جميعا، فكذا إذا اقيمت البينة حكماً.

(أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ) أى ملك جديد، أراد أن الثابت أن كل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه (ولهذا) أي ولكون الثـــابت بالشراء

لا يرد بالعيب على بائع بائعه ، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق . وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم . وكذا إذا كان في يد مودعه . وكذا إذا كان في يد الصغير. لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقـــاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه .

مبتدأ (لا يرد) أى المشترى (بالعيب على بائع بائعه) لأن بائع البائع ليس بقـائم مقام البائع (فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب) أى إذا كان كذلك لا يصلح الحـاضر من المشترين خصماً عن الغائب منهم ، فإذا لم يكن خصماً عنه كانت البينة في حق الغـائب قائمة بلا خصم فلا يقبل (فوضح الفرق) أى ظهر الفرق بين مسألة الإرث ومسألة الشراء (وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم) أي من العقار ، وهـــذا ايضاً من لفظ القدوري إلا قوله أو شيء منه فإنه من لفظ صاحب الهداية ، لأن القسمة فيها استحقاق يد الغائب ولا يجوز ذلك من غير خصم حاضر عنه .

وكذا إذا كان في يد مودعه) أي وكذا لا يقسم إذا كان العقار في يد مودع الغائب ، لأن المودع أمين فلا يكون خصماً فيما يستحق عليه .

(وكذا إذا كان في يد الصغير) أى وكذا لا يقسم إذا كان العقار في يد الصغير أو شيء منه في يده (لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) أى عن الغائب والصغير ، فاذا لم يكن الخصم حاضراً لا يجوز لما ذكرنا (وأمين الخصم ليس بخصم) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقـــال لم يجوز أن يكون المودع خصماً لكون العين في يده ، فأجـــاب بأنه أمين الخصم (عنه) أى عن الخصم (فيما يستحق عليه) أى على الخصم ، لأنه جعل أميناً في الحفظ لا غير ، فيكون

والقضاء من غير خصم لا يجوز . ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب . قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً ، وكذا مقاسماً ومقاسماً ،

القول بالقسمة قوله (والقضاء من غير خصم لايجوز) وهو معنى قوله فالقضاء من غير خصم لا يجوز ، لانه لا بد من كون المدعى عليه خصماً كما عرف في بابه .

(ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) أى فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه ، يعني لا يقسم القاضي وإن أقام الحاضر البينة على الوفاة وعدد الورثة (هو الصحيح) احترز به عما روى الكرخي فى مختصره عن أبى يوسف فقال وقال أبو يوسف إن كانت الدار فى يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منه شيء لم أقسمها حتى يقيم البينة على المواريث ، وكذلك الارض ، وقول محمد أشهر ، فقد قالا بالقسمة عند قيام البينة كما ترى ، وإليه ذهب صاحب التحفة حيث قال وإن كانت الدار فى يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منه شيء فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق،وبه قالت الثلاثة . وفى فتاوى قاضي خان لم يقسم وإن أقاما البينة ما لم يحضر الغائب وهو رواية (كما أطلق فى الكتاب) قال الاترازى فى مختصر القدورى أراد به قوله لم يقسم لانه لم يفصل بين قوله البينة وعدمها. وقال الكاكى فى الجامع لقوله لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة ، والصواب مع الأول.

(قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) أى قال القدورى (لانه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً) بكسر الصاد ، ومخاصماً الثانية بفتح الصاد ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » (وكذا مقاسماً) أي وكذا لا يصلح مقاسماً بكسر السين (ومقاسماً) بفتح السين ، وهذا عندهما لأنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما ، وإنما ذكر المقاسمة لأنه ليس من ضرورة كون الشخص خصماً أن

بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على مـــا بينا ، ولو كان الحاضر صغيراً وكبـــيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً ، وقسم إذا أقيمت البينة . وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمـــة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه . وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

يكون مخاصماً كما في الحمام المشترك ، فإن الشركاء خصوم وغير مقاسمين . وعـــن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ، كما لو ادعى أجنبي ديناً على الميت ولا وارث له ولا وصي فانه ينصب عنه وصياً .

(بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين) حيث يقسم ، لأنه أمكن أن يجعل أحدهما مدعياً والآخر خصماً عن الميت وعن باقي الورثة (على ما بينا) أراد بـــه قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البينة إلى آخره ، وذلك لأن أحد الورثـــة ينتصب خصماً عن الميت وعن سائر الورثة .

(ولو كان الحاضر كبيراً أو صغيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسم إذا أقيمت البينة) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري . وفي الذخيرة : القاضي إنما ينصب وصياً عن الصغير إذا كان حاضراً ، أما إذا كان غائباً فلا ينصب عنه وصيـــاً ، بخلاف الكبير الغائب على قول أبي يوسف . وبخلاف ما إذا وقعت الدعوى على الميت حيث ينصب وصياً عن الميت ، وذلك لأن الصغير إذا كان حاضراً صحت الدعوى عليه ، إلا أنه عاجز عـــن الجواب فينصب عنه خصماً ، أما إذا كان غائباً لم تصح الدعوى عليه ولم يتوجـه الجواب عليه ولم تقع الضرورة على نصب الوصي فلا ينصب .

(وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها) أي في الدار ، وهذا أيضاً ذكره تفريعاً على مسألة القدوري (وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصيـــة يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عـــن الميت ، والموصى له عن نفسه) قوله الكبير بالجر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم، لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل . وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم ،

والموصى له عطف عليه ، وكلاهما بدل من قوله الخصمين ، ويجوز رفعهما على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي أحدهما الكبير أي الوارث الكبير خصم عن الميت، والآخر الموصى له خصم له عن نفسه ، ويجوز نصبهما بتقدير أعني .

(وكذا الوصي عن الصبي) أي وكذا الوصي خصم عن الصبي فيما إذا كان الحاضر كبيراً أو وصي الصبي (كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ) إن كان الصبي خصماً بنفسه بعد بلوغه (لقيامه مقامه) أي لقيام الوصي مقام الصبي .

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم أفردها بالفصل .

(قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) أي قال القدوري في مختصره (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها) أي فيما يحتمل القسمة ، أراد باحتمال القسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة (عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل) أشار به إلى قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة ولا خلاف فيه للعلماء .

(وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلة نصيبه ، فان طلب صاحب الكثير قسم) أي جبرا ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك «رح» في المشهور عنه ، وفي رواية عن مالك لا يجبر ، واختاره ابن القاسم ، وبه قال أبو ثور . وقال ابن أبي ليلى لا يقسم

وإن طلب صاحب القليل لم يقسم ، لأن الأول منتفع بـه فاعتبر طلبه ، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر . وذكـــر الجصاص على قلب هـذا ، لأن صاحب الكثير يريـد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه .

ولكن يباع ويقسم ثمنها ، وكذلك إذا كان سائـــر الشركاء لا ينتفعون بأنصبائهـــم الطالب يقسمها جبرا .

(وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) أى إذا كان صاحب القليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة لا يقسم ، وبه قال الشافعي في الأصح (لأن الأول) أى صاحب الكثير (ينتفع به) أى بنصيبه (فاعتبر طلبه) لأنه طالب بحق ثابت له (والثاني) أى صاحب القليل (متعنت في طلبه فلم يعتبر) لأنه طلب شيئاً يستنصر به فلا منفعة له في القسمة فيكون متعنتاً في دعواه ، وهو من العنت وهو من الشدة . وفي العباب العنت الوقوع في أمـــر شاق وقـــد عنت من باب فعل بالكسر ، وعند تهذيب الديوان يقال عنت متعنتاً إذا جاءك يطلب زلتك . قلت والعنت الإثم أيضاً ، والعنت الزنا والفجور أيضاً .

(وذكر الجصاص) وهو أبو بكر أحمد بن علي الرازي (على قلب هـــذا) أى على عكس هذا فقال يقسم إذا طلب صاحب القليل ، لأنـــه رضي بضرر نفسه ولا يقسم إذا طلب صاحب الكثير ، لأنه يوقع الإضرار بغيره ، وهو معنى قوله (لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر) وهو صاحب القليل (يرضى بضرر نفسه) وهكـــذا نقل الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي عـــن الجصاص ، وكذلك نقل عنه في الفتاوى الصغرى وكذلك نقل عن صاحب الهداية .

وقال الأترازي ولنا في هذا النقل منه نظر ، لأن الجصاص وهو أبو بكر الرازي ذكر في شرحه ما ذكره الخصاف في أدب القاضي بعينه ولم يذكر خلاف ذلك ، كذلك ذكره الخصاف في شرحه لمختصر الطحاوي كما ذكره أحمد بن عمرو الخصاف ولم يذكر خـــلاف ذلك . وقال الخصاف في أدب القاضي وإن كان الضرر إنما يدخل على أحدهـــما ، لأن

نصيبه قليل والآخر نصيبه كثير فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وإن ذلك الآخر، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا يقسم ذلك بينهما إلى هنا لفظ الخصاف ولم يذكر لمحمد قولاً ، ولكن الطحاوي ذكر المسألة في مختصره تخصيص أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فقال إن كان الذى يصيب الطالب منهما ينتفع به لكثرته وما يطلب الآخر فما ينتفع به لقلته قسماها بينهما إلى هنا لفظ الطحاوي « رح » .

وقال أبو بكر الرازي وهو الجصاص ، لأن للطالب حقاً في هذه القسمة وهو الانتفاع بملكه متميزاً على حق غيره ومنع غيره من الانتفاع بملكه، والذي أباه إنما يريد الانتفاع بملك غيره ويجبر على القسمة إلى هنا لفظه، ولم يذكر غير هذا. وقال في الفتاوى الصغرى دار بين رجلين وطلبا القسمة جميعاً وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما ما ينتفع ، فان القاضي يقسم ذلك بينهما ، لأن الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر ، وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لأن الطلب متعنت مضر بالآخر ، وإن كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلاً بحيث لا يبقى منتفعاً بعد القسمة ، ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعاً بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة فالقاضي يقسم . وإن طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم ، هكذا ذكر الخصاف ، يعني في أدب القاضي .

وذكر الجصاص على عكس هذا ، فذكر في قسمة الواقعات دار بين شريكين لأحدهما وللآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق . وإن طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم ، وإليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا ، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام الأسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره أن يقسم ، وإليه ذهب شيخ الإسلام خواهر زاده وعليه الفتوى ، وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى . وقال الكاكي وفي بعض النسخ ذكر الخصاف مكان الجصاص ، وذكر الجصاص وهو الأصح لأنه موافق لرواية قاضي خان وغيرها ، وفي الذخيرة قول الخصاف ما هو المذكور أولاً .

وذكر الحاكم الشهيد في مختصره إن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج فيما ذكرناه، والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول. وإن كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما، لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها، ويجوز بتراضيهما، لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر.

(وذكر الحاكم الشهيد في مختصره) وفي بعض النسخ الصدر الشهيد (أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي) أي الشريكين طلب قسمة الدار والأرض يقسم القاضي سواء كان الطالب صاحب الكثير أو القليل (والوجه اندرج فيما ذكرناه) أى وجه ما ذكره الحاكم اندرج فيما ذكرناه. قال تاج الشريعة أى وجه ما ذكره الحاكم مندرجاً في وجه رواية الكتاب ورواية الجصاص، لأن وجه رواية الكتاب أن صاحب الكثير طالب لتكميل حقه وتوفير منفعته، ووجه الجصاص أن صاحب القليل رضي بضرر نفسه لنفع الغير فيقسم بطلبه (والأصح المذكور في الكتاب) أى في مختصر القدورى (وهو الأول) أى المذكور في الكتاب هو المذكور أولاً وهو أنه لا يقسم إذا طلب صاحب القليل لأنه متعنت.

(وإن كان كل واحد منهما يستنصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما) هذا لفظ القدورى إلا قوله لصغره (لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها) أى وفي الجبر على القسمة، وهذا تفويت المنفعة (ويجوز بتراضيهما، لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر) والقاضي على الضرر جائز، وعلى الرباء لا يجوز، ولهذا لو تراضيا على قسمة الحمام والثوب جائز، وإن كان لا يشفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة، وإن كان حنطة بين رجلين ثلاثون رديئة وعشرون جيداً فأخذ أحدهما عشرة جيداً والآخر ثلاثون رديئة، وقيمة العشرة مثل قيمة الثلاثة فإنه لا يجوز لانه ربا والرضا بالربا لا يجوز.

قال ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد، لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعـــة . ولا يقسم الجنسين بينهما بعضهما في بعض ، لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزاً ، بل تقع معاوضة ، وسبيل التراضي دون جبر القاضي . ويقسم كل موزون ومكيـــل كثير أو قليل، والمعدود المتقارب وتبر النهب

(قال يقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) قال القدورى يعني يقسم جبراً إذا كانت من صنف واحد ولا يعلم فيه خلافاً إلا عند أبي جبير من أصحاب الشافعي وأصحاب الظاهر وأبي ثور . وقال في شرح الطحاوى الكيلي والوزني والذى ليس في تبعيضه مضرة إذا طلب أحدهما قسمته فان القاضي يقسم بينهما ، وكذلك العددى المتقـــارب ، وإن كانت أغناماً أو إبلاً أو بقراً أو جماعة ثياب من جنس واحد فانه يقسمها ، فأمـــا الرقيق فلا يقسم بينهم عند أبي حنيفة لأنها كأجناس مختلفة لاختلاف منافعهم ، وعندهما يقسم كالأغنام والإبل والبقر . وإن كان مع الرقيق مال أخـــذ قسمه كله فى قولهم (لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة) لإمكان التعديل بالكيل والوزن تمييزاً بلا تفاوت ، وكذلك الذهب والفضة والعددي المتقارب . وأمـــا الثياب والحيوانات فيمكن أن يجعل كل اثنين منها بواحد أو واحد وبعض واحد .

(ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض) هذا لفظ القدوري في مختصره ، أي لا يقسم القاضي جبراً الاجناس المختلفة قسم الجميع بأن جمع نصيب أحدهما في الإبـــل والآخر في البقر ، وبه قال مالك والشافعى « ر ح » (لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزاً ، بل يقع معاوضة وسبيل التراضي دون جبر القاضي) لان ولاية الإجبار للقاضي يثبت معنى التميز .

(ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير أو قليل) ذكر هذا تفريعـــاً على مسألة القدوري (والمعدود المتقارب) بالنصب أيضاً ، أى يقسم المعدود المتقارب (وتبر الذهب

والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها ، والبقر والغنم ، ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ، ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة

والفضة ، وتبر الحديد والنحاس) بالنصب عطف على المنصوب قبله ، والتبر القطعة المأخوذة من المعدن (والإبل بانفرادها والبقر والغنم) بالنصب أيضاً ، أى يقسم الإبل والبقر بانفرادها وهو بكسر الهمزة والباء الموحدة . وفي بعض النسخ . والانك بفتح الهمزة وضم النون وفي آخره كاف وهو الاشرب،وهي مناسبة لما قبله ، والنسخة الاولى مناسبة لما بعدها ، فافهم . والبقر والغنم بالنصب أيضاً عطفاً ، أى يقسمها بانفراد كل واحد منهما لقلة التفاوت .

(ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً) أى لا يقسم القاضى جبراً في هذه الاشياء قسمة جميعاً بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخرى في البعير خاصة ، بل يقسم الشاة بينهما والبعير بينهما على ما يستحقان . وفي الذخيرة والحاصل أن القاضي رحمه الله لا يقسم الاجناس المختلفة من كل وجه قسمة جميع إذا أتى ذلك بعض الشركاء . وفي الجنس المتحد يقسم عند طلب البعض ، وبه قال الفقهاء . وقال أبو ثور وأصحاب الظاهر يقسم في الاجناس المختلفة ويخرج نصيب كل ما يقرعه في شخص من أشخاص وفي نوع من أنواعه استدلالاً بما روى البخاري عن علي بن الحاكم الانصاري باسناده إلى رافع بن جريج أنه ﷺ قسم الغنيمة بعدد عشرة من الغنم بتغيير واحد . قلنا حديث غريب فلا يترك لاجل عمومات النصوص في أن الجبر لا يجري في المبادلات والقسمة بالسهم فى الاجناس المختلفة مبادلة حقيقة ، مع أن الحديث لا يكون حجة لاحتمال أن ذلك بطريق القسمة بالتراضي بقرينة لفظ تعدل عشرة الحديث مع أن حق الغانمين في المالية لا في المعين ، ولهذا للامام بيعها وقسمة ثمنها .

(ولا يقسم الأواني) من الذهب والفضة والنحاس بعضها في بعض (لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة) كالإجانة والقمقم والطشت ، والمتخذة من الصفر مثلاً .

ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ، ولا يقسم ثوبـــاً واحـداً لاشتمـال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطـع ، ولا ثوبـين إذا اختلفت قيمتهما لما بينـا ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعـــل ثوب بثوبين

وكذلك الأبواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم بعضها في بعض جبراً .

(ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الجنس[1]) احترز به لأنها أجناس مختلفة ، والقسمة تكون بطريق المعاوضة عن اختلاف الصنعة لأنه ذكره في المبسوط ولا يقسم ثوبـــاً لظباً وثوباً هروياً وسادة وبساطاً لأنها أجناس مختلفة ، والقسمة تكون بطريق المعاوضة والجبر لا يجري في المعاوضات فلا بد من التراضي (ولا يقسم ثوباً واحداً لاشتمال القسمـــة على الضرر ، إذ هي لا تتحقق إلا بالقطـع) هذا أيضاً تفريـع على مسألة القدوري ، أي الثوب الذي يخالف أوله آخره في الجودة ، أو يكون ذا علم بعد قطعه يكون إتلافاً ، حتى لو لم يكن كذلك قسمة . قوله لاحتمال القسمة على الضرر إذا هي لا تتحقق إلا بالقطع ، لأنها إتلاف جزء منها ومنه ، وفي ذلك ضرر على المتقاسمين فلا يجوز للقاضي فعله ، فإن تراضيا لم يفعله القاضي أيضاً لما فيه من إتلاف الملك ، ولكنهما يقتسمانها إن شاء الله تعالى بأنفسهما ، أي ولا يقسم القاضي أيضاً .

(ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما) لأنه لا يمكن التعديل إلا بزيادة دراهم مع الأوكس ، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جـبراً ، لأن القسـة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب ، فلو أدخل في القسمة دراهم يقسم ما ليس بمشترك ، وهذا لا يصح ، فإن تراضيا على ذلك جاز للقاضي بأن يقسم ، لأنـــه إتلاف في ذلك لما لهم ، كذا في شرح الأقطع (لما بينا) إشارة إلى قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي .

(بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين) يعني يصح قسمتها بأن يجعل ثوب بثوبين

---

(١) الصنف ـــ هامش .

أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب ، لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز .

يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وإلى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوباً وللآخر ثوبين (أو ثوب وربع ثوب) أي ويجعل ثوب وربع ثوب (بثوب وثلاثة أرباع ثوب) فإن كانت ثلاثة أثواب قيمة احدهم دينار وربع وقيمة الآخر دينار وثلاثة أرباع دينار فإنه يقسم ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار لواحد ، ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار والثوب الآخر يشترك بينهما أرباعاً ، ربع لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار،وهذا لا يصير قسمة (لانه قسمة البعض المشترك دون البعض) لأن كل واحد منهما منفرد بثوب ويبقى الشركة في ثوب ، وفي النهاية الأصح أن يقال وإن استوت القيمة كان نصيب كل واحد ثوباً ونصفاً فيقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركاً،وكذا لو استقام أن يجعل نصيب أحدهما ثوباً وثلثي الآخر كما ذكرنا .

وقال الكرخي في مختصره وكل صنف من الثياب ليستقيم فيه القسمة ، فأما الثياب الواحد فلا يستقيم فيه القسمة ، وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتها لا تستقيم القسمة، إلا أن يراد دفع الاوكس دراهم قسمناه على الذي نصيبه الأفضل، فإن كان أحد الثوبين يساوي عشرين والآخر يساوى ثلاثين فإنهما يقومان على هذه القيمة ثم يقرع بينهما على أيهما أصابه الأوكس وأخذ ذلك مع سدس الافضل ، فان كرها ذلك وأجمعا على أن يزاد دراهم أسهم بينهما على انه أيهما أصابه الأفضل رد خمسة دراهم على صاحب الأوكس والثوب الواحد لا يستقيم فيه إذا كره أحدهما ، فإن اختارا ذلك ما لم يقسم إلا أن يصطلحا على سعة فيا بينهما ، فأما الحاكم فلا يسعه وثلاثة أثواب يستقيم فيها القسمة على ما فسرت لك من القيم ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب وثلاثة أرباع أو دراهم يردها الذي نصيبه الافضل على صاحب الاوكس ، لأن قيمة ذلك البعض دون البعض (وذلك جائز) لأنه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ، ولو تيسر ذلك في الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك

وقال أبو حنيفة « رح » لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما . وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم . وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة ،

في البعض وما فيه معاوضة يحتاج إلى التراضي .

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) أي بانفرادهما، أما إذا كان مع الرقيق شيء آخر يقسم بالاتفاق ، وهذا ايضاً من مسائل القدوري. وقـــال السغناقي في الباب الثاني من كتاب المضاربة في الجامع الكبير أن أبا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق وإن كان الجنس واحداً للتفاوت بين الرقيقين في الذكاء والرهن ، والحقهما بالجنسين المختلفين،ومعناه أي لا يجمع نصيب كل شريك في رقيق واحد فكذلك عندهما على رواية الجامع الصغير و كتاب المضاربة الكبيرة قبل أن رأى القاضي الصلاح في القسمة ، فأما على رواية كتاب الصوم ورواية كتاب العـــين يريان القسمة ويجعلان نصيب كل شريك في رقيق واحد ، انتهى .

وقال فخر الدين قاضي خان وفي كتاب الوصايا من الجامع الصغير قـــال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق ، يريد به قسمة الجمع بأن يجعل نصيب أحدهما في عبد ، ونصيب الآخر في عبد فيدفع عبداً إلى هذا وعبداً إلى ذلك في غـير رضى الشركاء إلا أن يكون معهم شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع ، فحينئذ يقسم ويجعل الرقيق بيعاً كغيرهم ، وقالا القاضي بالخيار إن شاء قسم الكل دفعة واحدة ، وإن شاء قسم كل عبد قسمة على حدة.

(وقالا يقسم الرقيق) أي قسمة جبر ، وبه قالت الثلاثة (لاتحاد الجنس) يعني أن الرقيق جنس واحد إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً ، وإنما التفاوت في القيمة وذا لا يمنع الصحة (كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم) أي وكما يقسم بالاتفاق في الإبل والبقر ، فكما يقسم رقيق الغنيمة بلا خـــلاف كسائر الاموال ، ولكون الرقيق كسائر الحيوان في العقود يثبت في الذمة مهراً ولا يثبت سلماً .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني البـــاطنة)

فصار كالجنس المختلف ، بخلاف الحيوانات ، لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد ، بخلاف المغانم ، لان حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها ،

كالذهن والكياسة والامانة والفروسية والكتابة ، ألا ترى أن واحداً قد يظهر الفطنة والفضل وهو تلبيته في نفسه أبله ، وقد يظهر البله وله ذهن وافر وعلم غزير ، وهذا ظاهر حيث لا ينكر عاقل مستغن يدل عليه قول بعضهم ولم أر في الدنيا أشد تفاوتاً من الناس حتى عد ألف بواحد ، وقال الآخر الأدب فرد يعدل الالف زائداً وألفاً تراهم لا يساوون واحداً ، ولأن المطلوب من العبد منه يختلف اختلافاً فاحشاً ، لانه قد يقصد من أحدهما الزراعة ومن الآخر الخدمة ونحو ذلك ، ويصلح من أحدهما كما لا يصلح الآخر ، وإذا اختلفت الاعراض (فصار كالجنس المختلف) فتعذر التعديل بين الامرين إلا إذا كان مع العبد مال آخر ، فحينئذ يقسم قسمة الجمع من غير رضى الشركاء ، فيجعل الرقيق تبعاً ولا يثبت مقصوداً كبيع الشرب والطريق ونحو ذلك .

فإن قلت مثل هذا يجب أن لا يقوم المستهلك من العبد قلت لما لم يكن في التقوم به قوم فالقسمة منها به ، فلم يجز أن يثبت من غير تعديل .

(بخلاف الحيوانات ، لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس) جواب عن قولهما لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ، وقيد بقوله عند اتحاد الجنس احترازاً عما إذا اختلف الجنس وان الجنسين لا يقسم بعضها في بعض على ما مر .

(ألا ترى) توضيح لبيان الفرق نهى الرقيق وسائر الحيوانات (أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ، ومن الحيوانات جنس واحد) وليس ذلك إلا باعتبار التفاوت ، حتى لو اشترى شخصاً على أنه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد ، ولو اشترى غنماً أو إبلا على انه ذكر فاذا هو انثى ينعقد العقد (بخلاف المغانم) جواب عن قولهما رقيق المغنم وذلك (لان حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها) أي بيع الغنائم (وقسمة ثمنها) بين

وها هنا يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا . فأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلىء واليواقيت . وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ، ويقسم الصغار لقلة التفاوت ، وقيل يجري الجواب على إطلاقه ، لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ، ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ، ويصح ذلك

الغانمين (وها هنا) أي في شركة الملك (يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا) أي فافترق حكم رقيق المغنم وحكم شركة المالك ، فلا يجوز ، وقياسهما من أحدهما على الآخر .

فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح ، فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك ، أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز فلا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم ، فانه لا يحتاج إليه .

(وأما الجواهر) لما ذكر اولاً شيئين بقوله الرقيق والجواهر ، وبين حكم الرقيق شرع في بيان الجواهر فأما التفصيلية (فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم) أشار به إلى أن الجواب فيه على التفصيل على قول بعضهم وإن كانت أجناساً (كاللآلىء واليواقيت) لا يقسم بعضها في بعض فان إنفرد جنس منها أمكن التعديل فيها منه ، فجازت قسمته ، وإليه ذهب الشيخ أبو منصور في شرحه .

(وقيل لا يقسم الكبار منها) أى من اللآلىء واليواقيت (لكثرة التفاوت ، وتقسم الصغار لقلة التفاوت) وهذا ظاهر ، وكذا الحكم في الزمرد والبلخش والفيروزج ونحو ذلك . (وقيل يجري الجواب على إطلاقه) أى جواب القدوري ، اراد بإطلاقه انه لا يقسم الجواهر مطلقاً أصلا (لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق) والرقيق لا يقسم عند أبي حنيفة فالجواهر اولى .

(ألا ترى انه لو تزوج) توضيح لما قبله ، يعني لو تزوج امرأة (على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية) لفحش الجهالة (ويصح ذلك) أى التزوج والخلع

على عبد فأولى ان لا يجبر على القسمة . قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن يتراضى الشركاء ، وكـــذا الحائط بين الدارين لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي ،

(على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة) وبه قالت الثلاثة .

(قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن يتراضى الشركاء) أي قال القدوري وبه قالت الثلاثة . إلا أن الشافعي « رح » شرط أن يكون الحمام صغيراً بحيث لا يمكن الانتفاع به بعد القسمة ، فأما إذا كان كبيراً ممكن الانتفاع به بعد القسمة يقسم جبراً ، وبه قال مالك . وقال علاء الدين الاسبيجابى في شرح الكافي هـــذا في الحمام الصغير الذي إذا قسم لا يبقى منتفعاً به انتفاع الحمام ، فأما إذا بقي نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس كأنه يقسم لانعـــدام الضرر ، إلا أن يتراضوا على القسمة لانهم رضوا بحمل الضرر .

(وكذا الحائط بين الدارين) أي وكذا لا يقسم الحائط الكائن بين الدارين جبراً . وقال الشافعى إن أراد احدهما قسمة فى نصف الطول فى كمال العرض فيه وجهـان ، أحدهما يجبرالآبي ، والاصح انه لا يجبر ، وإن أراد احـــدهما قسمته عرضاً فى كمال الطول والحائط عرض في الاصح يجبر ، وقيل لا يجبر كذا فى الحلية (لانه يشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضى) أي إذا كان كذلك فلا يقسمها القاضى .

وفي شرح الكافي للأسبيجابي قال أبو حنيفة إذا كان بين قـــوم إن اقتسموا لم يكن لبعضها طريق ولا ممر فأراد بعضهم قسمته لم يقسمه ، وكذلك إذا كان في قسمته ضرر على بعض دون بعض في ضيق الطريق وانه لا يجد طريقاً لم أقسمه بينهم إلا أن يتراضوا جميعاً ، وإذا كان يكون لكل واحد طريق نافذ قسمته وإذا طلب ذلك أحدهم . وإذا كان طريق بين رجلين إن اقتسما لم يكن لواحد منهما فيه ممر ولكن لكل واحـــد منهما

بخلاف التراضي لما بينا . قـــال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها ، وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة .

يقدر أن يفتح في منزله باباً ويجعله طويلاً من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته بينهما لأنــه يقــدر على الانتفاع فملكه من طريق آخـــر ، وليس الشرط بقاؤه منتفعاً به من هذه الجهــة ، بل بقاؤة منتفعاً به في الجملة وانه حاصل . وإذا كان مسيل ماء بين رجلين أراد أحدهما قسمته وأبى الآخر وإن كان فيه موضع مسيل الماء سوى هذه أقسمه ، وإن لم يكن له موضع إلا بضرر لم أقسمه .

(بخلاف التراضي) لالتزامهم الضرر (لما بينا) أشـار به إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله وإن كان كل واحد منها يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما .

(قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد) أي قال القدوري إذا كانت دار مشتركة بين قوم في مصر واحد ، وفائدة التقييد بمصر واحد يأتي عن قريب (قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة) أي لا يجمع نصيب أحدهم في دار واحـــدة إلا بالتراضي ، وبه قال الشافعي رحمه الله وأحمد ، وحكي عن مالك أنه قال إن كانت متجاورة جاز قسمة الجميع كما قال ، وإن كانت متفرقة لا يجوز كما قال أبو حنيفة .

(وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) يعني أن القاضي ينظر في ذلك ، وإن كانت أنصباء أحدهم إذا اجتمعت في دار كان أعدل القسمة جميع ذلك ، لأن الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى ، وباعتبار الإسم واتحاد البلد والجنس الواحد يقسم كالغنم وغيره على ما يأتي الآن (وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة) أي على الخلاف المذكور ، والأقرحة جمع قراح ، وهي أرض خالية عن الشجر والبنـــاء وغيرهما ، فعنده لا يقسم قسمة جمع ، وعندهما يقسم . ولأصحاب الشافعي فيه خلاف ، فقال اسحاق الشيرازي إن كانت متجاوزة جـــاز قسمة الجمع ،

لهما أنها جنس واحد إسماً وصورة نظراً إلى أصل السكنى أجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، فيفوض الترجيح إلى القاضي. وله أن الاعتبـــار للمعنى وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهـــذا لا يجوز التوكيل بشراء دار.

وقال غيره من أصحابه يجعل كالقراح الواحد إذا كان شربها واحداً، وأما إذا كان شربها وطريقها مختلفاً فهو كالأقرحة لا يقسم قسمة جبر. وفي الحلية وهذا أشبه.

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنها) أي الدور (جنس واحـــد اسمـاً وصورة نظراً إلى أصل السكنى) لاتحاد المقصود بها (أجناس معنى، نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى) من الطول والعرض والإرتفاع والثبوت والمرافق والجيران والقرب إلى الماء والمسجد والبعد عنهما وغير ذلك، فعند تعارض الأدلة ينظر القاضي في ذلك ويعمل بالأصلح أشار إليه بقوله (فيفوض الترجيح إلى القاضي) أي الرأي في ذلك له، فإن رأى أن يقسم كل دار قسم، وإن رأى الجمع فعل كذا في الفتاوى الظهيرية.

(وله) أي ولأبي حنيفة (ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود) أي المعنى هو المقصود (ويختلف ذلك) أي المقصود (باختلاف البلدان) لأنه قد يكون السكنى في مصـــر (والمحال) جمع محلة، لانه قد يكون محلة آمن من الاخرى وأحسن هو (والجيران) جمع جار، لانه قد يكون الجيران في محلة صلحاء دون جيران الآخر (والقريب إلى المسجد والماء) بأن يكون أحدهما قريباً من المسجد أو من الماء، والاخرى بعيدة منها، وقد يكون أحدهما أفره من الاخرى وغير ذلك من المقاصد (اختلافاً فاحشاً) نصب لقوله مختلف (فلا يمكن التعديل في القسمة) أي إذا كان كذلك لا يمكن التعديل فيها، فلا يقسم جبراً، لأنها تصير حينئذ في حكم الاجناس، فيقسم كل دار على حدة (ولهذا) أي ولتفاحش الاختلاف (لا يجوز التوكيل بشراء دار) كما لا يصح بشراء ثوب للجهالة.

وكـــذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب ، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتهـــا ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً فقسمت الدار قسمة واحدة . قال « رض » تقييد الوضع في الكتاب إشـــارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما ، وهو رواية هلال عنهما . وعن محمد « رح » أنـــه يقسم أحدهما في الأخرى والبيوت

(وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما) أي في التوكيل والتزويج (في الثـوب) يعني كما لو وكل بشـــراء ثوب أو يتزوج على ثوب فإنه لا يصح كما ذكرنا (بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لان في قسمة كل بيت على حدة ضرراً ، فقسمت الدار قسمة واحدة) الحاصل أن الدار لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة إلا برضاء الشركاء ، ســواء كانت مجتمعة أو متفرقة ، والبيوت تقسم قسمة واحدة مجتمعة كانت أو متفرقة لعلة التفاوت بين البيوت والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحـــدة تقسم كالدار الواحدة تبعاً ، وإن كانت في دور متفرقة أو كانت في دار واحدة ولكنها متباينة بأن كان أحد المنازل في أقصاها والأخرى في أدناها . فالجواب فيها كالدار في قولهم ، لان المنزل شبيهاً بالدار ، والبيت جزء حطه [1] منها .

(قـــال تقييد الوضع بالكتاب) أي قال المصنف تقييد وضـــع المسألة في مختصر القدوري ، يعني به الذي قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحدة (إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما ، وهي رواية هلال عنهما) أي عن أبي يوسف ومحمد « رح » ، وهلال هو ابن يحيى البصري تلميذ أبي يوسف وزفر «رح» وهو يسمى بهلال الرأي لفقهه .

(وعن محمد « رح » أنه يقسم أحدهما في الاخرى) أي أحد الدارين في المصرين ، لانه جعلها جنساً واحداً باعتبار اتحاد الاسم كما لو كان في مصر واحـــد (والبيوت

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل ، اهـ – مصححه .

في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة ، لأن التفاوت فيما بينهما يسير ، والمنازل المتلازقة كالبيوت ، والمتباينة كالدور ، لأنــه بين الدار والبيت على ما مر من قبل ، فأخذ شبهاً من كل واحد . قال وإن كانت داراً وضيعة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحــد منهما على حدة لاختلاف الجنس . قال جعل الدار والحانوت جنسين ، وكذا

في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة ، لان التفاوت فيا بينهما يسير) لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ما ليست اسم لسقف واحد له دهليز ، فلا يتفاوت في المنفعة عـادة ألا ترى أنه يؤجر باجرة واحدة في كل محلة (والمنازل المتلازقه كالبيوت ، والمتباينة كالدور ، لانه) أي لان المنزل (بين الدار والبيت) لان المنزل أصغر من الدار وأكبر من البيت ، لان المنزل اسم لدويرة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة ، والبيت اسم لسقف واحد له دهليز كما ذكرناه ، فالحاصل أن المنزل له منزل بين المنزلتين ، فحاله تشبه الدار والبيت جميعاً بالطريق الذى ذكرناه (على ما مر من قبل) أى في باب الحقوق من كتاب البيوع (فأخذ شبها من كل واحد) أي فأخذ المنزل شبها من كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس .

(قال) أي القدوري (وإن كانت داراً وضيعة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحــد منهما على حدة لاختلاف الجنس) يعني لا يقسم كل قسمة واحدة ، بل يقسم كل واحـدة منهما على حدة ، لان الدار مع الضيعة جنسـان ، وكذا الدار مع الحانوت ، فيكون قسمة البعض إلى البعض معاوضة فلا يجـوز ذلك إلا بالتراضي ، وكانت هاهنا تامـة بمعنى وجدت ، ولهذا لا يحتــاج إلى الخبر ، وقوله دار بالرفع فاعله وما بعده عطف عليه ، ويجوز نصب الدار على تقدير أن يكون كانت ناقصة محذوف الإسم ، تقديره فإن كانت البينة داراً ... الخ .

(قال جعل الدار والحانوت جنسين) أي قال المصنف جعل القدوري الدار والحانوت جنسين (وكذا ذكر الخصاف) وهو أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاف الشيباني صـاحب

ذكر الخصاف «رح». وقال في الإجارات الأصل أن إجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان، أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة.

كتاب أدب القاضي، قال في أدب القاضي وإن كانت دار وأرض، أو دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في حد التصفين، وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدة، انتهى. وإنما رضي الخصاف بالذكر لأن هذه المسألة لم تذكر في كتب محمد «رح» ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي في مختصريهما.

(وقال) محمد «رح» (في الإجارات الاصل أن إجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز) أي إجارة منافع الدار شهراً بسكنى حانوت شهراً لا يجوز، قال في الاصل واستئجار السكنى بالسكنى لا يجوز، واستئجار السكنى بالخدمة يجوز، وذلك لان الجنس بانفراده يحرم النساء، واحتاج صاحب الهداية إلى التوفيق بين ما إذا ذكره الخصاف، وبين ما إذا ذكره في كتاب الإجارات، فقال (وهذا يدل على أنها جنس واحد) أي الحانوت والدار (فيجعل في المسألة روايتان) يعني إما يحمل ذلك على اختلاف الرواية، أو يقال إنها جنسان كما ذكره الخصاف.

(أو تبنى حرمة الربا هنالك) أي في إجارات الأصل (على شبهة المجانسة) يعني إذا كانت منافع الدور ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة، وتحمل حرمة الربا على شبهة المجانسة من منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منها. وفي الكافي هكذا ذكره في الهداية وهو مشكل، لأنه يؤدي على اعتبار شبهة بالشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل منها. وقال تاج الشريعة قيل عليه ينبغي أن لا يصير شبهة المجانسة في حق الحرمة، لأن في حقيقة المجانسة إذا باع الشيء بجنسه يصير شبهة الربا ففي شبهة المجانسة يعني تصير شبهة الشبهة وهي لا تعتبر، انتهى. وقد قال شمس الأئمة الحلواني إما أن يكون في المسألة روايتان، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب. وقيل في جوابه

فصل في كيفية القسمة

قـــال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله ، يعني يسويه على سهام القسمة ، ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ، ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة .

لا بل اعتبر الشبهة ، لأن السكنى جنس واحد فيكون كاجارة السكنى بالسكنى،وهي شبهة لا شبهة شبهة ، وفيه ضعف كما ترى .

(فصل في كيفية القسمة)

أي هذا فصل في بيان كيفية القسمة بين الشركاء ، والكيفية صفة،فلا جرم أن تذكر بعد الموصوف ، وهو جواز القسمة .

(قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) أي قال القدوري ، والمراد من تصوير ما يقسمه أن يكتب صورته على القرطاس ليمكن حفظ مايقسمه ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه إن كان لم يأمره بالإقراع (ليمكنه حفظه) أي لتمكن القاسم حفظ ما يقسمه (ويعـــد له ، يعني التسوية على سهام القسمة) فيسري التعديل بتسوية ما يقسمه على سهام الشركاء (ويروى يعزله) أشار بـــه إلى أن في بعض نسخ مختصر القدوري رحمه الله وقع ويعزله مكان قوله ويعدله ، ثم فسره بقوله ويعـــدله (أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره،ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة) إنمـــا يقوم البناء ، لأن القسمة لتعديل الأنصباء ، ولا يحصل التعديل إلا بتقويم البناء لأن قيمته أكثر من قيمة الساحة ويقوم البناء أولا ، لأنه لا يحتاج إلى ذلك حالة القسمة ، لأنه يقسم الساحة بالذراع ، وفي البناء بالقيمة . وقوله في الآخرة بالفتحتان ، أراد بـــه آخر الأمر ، وإنما يحتاج إليه في آخر الأمر ، إذ البناء يقسم على حدة ، فيقوم حتى إذا قسمت الارض بالمساحة ووقعت إلى نصيب أحدهم يعرف قيمـــة الدار ، فبعض الاجر مثل ذلك .

ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام . ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ، ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الاول ، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني . والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء ، حتى إذا كان الاقل ثلثاً جعلها أثلاثاً ،

(ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) أي تميز كل نصيب عن الباقي بطريق كل نصيب ، وشربه بكسر الشين حتى تنقطع المنازعة على التمام ، فيقول هذا لك وهذا له وهذا لآخر ، وطريقه أن يجعل طريق أحدهما ومسيل ما به إلى داره إن أمكن ، وإن لم يكن بأن كان ظهره إلى دار رجل يجعل الطريق ومسيل الماء في نصيب أحدهما ، لأن القسمة إنما شرعت لتكميل المنفعة على وجه لا يتضرر أحدهما ، وتنقطع المنازعة بينهما ، وانقطاعها إنما يكون بأن لا يبقى لاحدهما حق في نصيب صاحبه إن أمكن ، وإن لم يمكن يجعل ذلك في دار صاحبه (حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق . فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا) أي على هذا الترتيب بأن يلقب الذي يلي الثالث بالرابع والذي يلي الرابع بالخامس وهلم جرا .

(ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولاً) وفي بعض النسخ فمن خرج سهمه (فله السهم الاول ، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني) ومن خرج ثالثاً فله السهم الثالث ، ومن خرج رابعاً فله السهم الرابع وهلم جرا .

(والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء ، حتى إذا كان الاقل ثلثاً جعلها أثلاثاً) أي جعل الدار أثلاثاً بأن كانت الورثة إبناً وبنتاً فكتب على القرعة اسمها ، ويسمى الثلث المعين من الارض أولاً وما يليه ثانياً والثلث الآخر آخراً ، ويقرع ، فان خرج اسم الابن أولاً يأخذ الثلث الاول مع ما يليه ، وتعين الثلث الآخر للبنت . ولو خرج سهم

البيت أولاً فأخذ البيت المسمى بالثلث الأول ، وتعين الثلثان الآخران للابن .

(وإن كان سدساً جعلها أسداساً لتمكن القسمة) أي وإن كان الاقل سدساً مثل أن يكون في المسألة نصف وثلث وسدس من زوج وأم وأخ لام يخرج الارض على ستة ، فمن خرج اسمه أولاً يأخذ السهم الاول فحسب إن كان صاحب سدس ، ويأخذ ما يليه إن كان صاحب ثلث ، ويأخذ من السهمين اللذين يليانه إن كان صاحب نصف ، ثم يقرع ثانياً ويفعل مع الآخرين كما فعل مع الاول . وقال الشيخ حافظ الدين في الكافي وشرح ذلك أرض بين جماعة مشتركة لاحدهم سدس وللاخر خمسة وللآخر سهم ، فأرادوا قسمتها على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد .

وكيفية ذلك أن يجعل بنادق على عدة سهامهم ويقرع بينهم ، وأول بندقة تخرج موضع على طرف من أطراف السهام ، وهو أول السهام ، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي ، فإن كانت لصاحب العشرة فأعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بذلك السهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ، ثم يقرع بين البقية كذلك ، فأول نيته قد خرج يوضع على طرف من الأطراف الستة الباقية ، ثم ينظر إلى البندقة أين هي ، فإن كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة متصلة بذلك السهم ، ويبقى السهم الواحد لصاحبه وإن كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة فتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة ، وتفسيره أن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بينها يجعلها في قطعة طين ، ثم يدلكها بين كفيه ، حتى تصير مستديرة فتكون شبه البندقة ، كذا في الذخيرة البرهانية والفتاوى الظهيرية ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة .

وقال الخصاف في أدب القاضي لا يقسم شيء من الدور والعقار حتى يصور ذلك ويعرف ما حولها ما كان ذلك شارعاً إلى الطريق أو إلى دار أو إلى بيوت ثم يميز ذلك حتى لا يكون لأحد على أحد طريق ولا سبيل ،وليسوا على السهام التي يريدوا أن يقسموا عليها ، فإذا قطعها على ذلك على إنه من أخرج أولاً كان له موضع كذا ، وكذا كل سهم

وقـــد شرحناه مشبعاً في كفايـة المنتهى بتوفيق الله تعـالى. وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شـــاء الله تعالى، والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل،

يلي الآخر، فإذا علم أنه ليس يدخل عليهم ضرر في ذلك، وانه طريقهم ومسيل مياههم ومرافقهم مستوية إلى القاضي بالصورة فوضعها القاضي بين يديه، وكتب رقاعاً باسم رجل وامرأة منهم، وجعل كل رقعة منها في طين وبندقة وقال من خرج سهمه أولاً فله موضع كذا إلى موضع كذا، ثم الثاني يلي كذلك إلى موضع كـذا، ثم الثالث يليه حتى يقرع السهام وقد يطرح البنادق تحت شيء ثم يدخل يده فيخرج واحدة فينظر لمن هي فهو السهم الأول، وكذا الثاني حتى يقرع ثم يكتب القاضي كتاب القسمة نسختين، نسخة تكون معهم، ونسخة تكون في ديوان القاضي، ويكتب في السجل أنه قسمها بينهم إن كانت قائمة عنده بيمين أو بإقراره إن كانوا أقروا عنده بذلك ويقسم الأثر على وجـه، انتهى (وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى) أي قد شرحنا بالأصل في ذلك مع كيفيته حال كونه مشبعـاً، أي مستوفى كاملاً من غير ترك شيء فيما يتعلق بهذا الباب.

(وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (ويفرز كل نصيب بطريقـه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل) أي فإن لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان (أو لم يمكن) أي إفراز الطريق (جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله) أراد عند قوله فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق إلى آخر (والقرعة لتطييب القلوب وإزالة [1] تهمة الميل) أي ولإزالة تهمة الميل إلى أحد الشركاء، وهذا جواب استحسان، والقياس يأباها، لأنه تعليق الإستحسان بخروج القرعة وذلك قمار، ولهـذا لم يجـوز علمائنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة، ولكن تركناها هنا بالتعامل

---

(١) إزاحة ـ هامش.

حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير اقتراع جاز لأن القسمة في معنى القضاء ، فيملك الإلزام .

الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وليس في معنى القمار ، وليس في المبسوط استعمال القرعة حرام في القياس، لأن في الإقراع تعليق الاستحقاق بخروج القارعة ، وهو حرام ، لأنه في معنى القمار والاستقسام بالأزلام التي كان يعتاده أهل الجاهلية ، ولكنا تركناه استحساناً بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ ولأن هذا ليس في معنى القمار ، ونفي القمار أصل الإستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه ، وهاهنا أصل الاستحقاق فلا يتعلق بخروجها ، لأن القاسم لو قال أنا عدل فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً ، إلا أنه مما يتهم في ذلك ، فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وهي في تهمة الميل من نفسه وذلك جائز كما فعل يونس عليه السلام في مثل هذا مع أصحاب السفينة لما علم أنه هو المقصود ، ولكن أبقى نفسه في الماء بما ينسب إلى ما لا يليق بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فاستعملها لذلك .

وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة في ضم مريم عليها السلام ، مع أنه كان أحق بها لمكان خالتها عنده ، وكان رسول الله ﷺ يقرع بين نسائه إذا أراد سفراً تطييباً لقلوبهن، ثم لا يجوز إلا بالبعض بعد خروج بعض السهام ، كما لا يلتفت القاضي إلى آيته قبل خروج القرعة . وإن كان القاسم قسم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج القرعة كان له ذلك ، وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال في قول لا يعتبر كقسمة الحاكم وبعد خروج كل السهام لا يعتبر رجوعه بالإجماع . وإذا خرج جميع السهام إلا واحداً فقد تمت القسمة لتعيين نصيب ذلك الواحد ، وبعد ذلك لا يعتبر الرجوع .

(حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير اقتراع جاز) أي حتى لو عين القاسم لكل واحد من الشركاء نصيباً من غير أن يقرع بينهم لجاز ، وفي بعض النسخ من غير إقراع (لأن القسمة في معنى القضاء فيملك الإلزام) أي لأن القسمة ، والتذكير باعتبار القسم في معنى قضاء القاضي ، فيملك الإلزام ، أي إلزام الشركاء بما فعل من القسمة ، ولأن القرعة لتطييب القلوب كما ذكرنا .

قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم ، والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولانه يفوت به التعديل في القسمة ، لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ، ولعلها لا تسلم له . وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ،

(قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم) أي الدراهم التي يجوز بها التفاوت فيعطي رب الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز إلا بالتراضي . صورته دار بين جماعة ، فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الارض فانه بجعل عوض البناء من الارض لا من الدراهم إلا إذا تعذر ، فحينئذ للقاضي ذلك . وإذا كان ذلك بالقاضي جاز ذلك ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» وقال مالك «رح» إذا كان الرد فيها قليلاً ، لان جاز وإن كان كثيراً بطلت القسمة (لانه لا شركة في الدراهم) أي لان الشأن لا شركة في الدراهم ، أراد أن الشركة لم يكن فيها دراهم (والقسمة من حقوق الاشتراك) يعني القسمة لا تكون إلا فيما فيه اشتراك .

(ولانه يفوت به التعديل) أي ولان الشأن يفوت بادخال الدراهم (في القسمة) التعديل أراد به في صورة يمكن التعديل بدون إدخال الدراهم ، والتعديل هو المراد بالقسمة يفوت بادخال الدراهم ، وذلك (لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته) أي لان أحد المتقاسمين يصل إلى عين العقار والحال أن دراهم المتقاسم الآخر في ذمته وقت القسمة (ولعلها لا تسلم له) أي ولعل الدراهم لا تسلم للآخر ، لانه من العلل وليس ما يصل الرجل إليه في الحال وما لا يصل معادلة ، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة .

(وإذا كان أرض وبناء) ألفين مثلاً فأرادا القسمة فروى (عن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك) أي الارض والبناء (على اعتبار القيمة ، لانه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم)

لانه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقوم . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يقسم الارض بالمساحة ، لانه هو الاصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة للتزويج . وعن محمد « رح » أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ، ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة

ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري « رح » ، لان القسمة لتعديل الانصباء ولا يمكن التعديل بين الارض والبناء إلا بالتقويم ، فيصار إليه .

(وعن أبي حنيفة «رح» أنه يقسم الارض بالمساحة) أي روي عن أبي حنيفة « رح » أن القاضي يقسم الارض بالذراع (لانه هو الاصل في الممسوحات) هي الاصل ، وذكر الضمير باعتبار تأويل الذرع ، وذلك لان قدرها لا يعلم إلا بالذرع (ثم يرد من وقع البناء في نصيبه) دراهم من الآخر بقدر فضل البناء ، لانه أكثر قيمته من العرصة غالباً ، قوله (أو من كان نصيبه أجود) أي أو يرده من كان نصيبه أجود ، سواء كان الذي هو أصابه البناء لو أصاب العرصة (دراهم على الآخر حتى تحصل المعادلة ، فتدخل الدراهم في القسمة ، لاجل ضرورة المعادلة كالاخ لا ولاية له في المال) أي كما قلنا في الاخ إنه لا ولاية له في مال أخته الصغيرة (ثم يملك تسمية الصداق ضرورة للتزويج) أي لاجل ضرورة صحة النكاح ، لان النكاح ليس بمشروع بلا مهر .

(وعن محمد « رح » أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة) أي وروي عن محمد « رح » أنه يعطي الشريك الآخر من العرصة بمقابلة فضل البناء حتى يستوي كل واحد من الشريكين في القسمة (وإذا بقي فضل) من قيمة البناء (ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد للفضل دراهم) أي وإذا بقي

بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل إلا بها ، وهذا يوافق رواية الاصل . قال فإن قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الاخر أو طريق لم يشترط في القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق ، ويسيل في نصيب الاخر ، لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر . وإن لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف .

فضل من قيمة البناء ، والحال أنه لم يمكن تحقيق التسوية بين البناء والعرصة بالزيادة من العرصة لكثرة فضل البناء، فحينئذ يرد من وقع في تهمة البناء دارهم على صاحبه بمقابلة ما بقي من الفضل . وقوله دراهم بالنصب حال من الفضل ، فافهم .

(لان الضرورة في هذا القدر) يعني لان الضرورة دعت إلى إعطاء الدراهم في هذا القدر (فلا يترك الاصل) الذي هو الذرع في المساحات (إلا بها) أي لاجل الضرورة (وهذا يوافق رواية الاصل) أي الذي روي عن محمد يوافق رواية المبسوط ، لانه قال فيه يقسم الدار مزارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيره .

(قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر) أي قال القدوري يعني فان قسم القسام الدار المشتركة بين الشركاء والحال أن لاحدهم المسيل . والمسيل بفتح الميم وكسر السين موضع سيل الماء (أو طريق لم يشترط في القسمة ،فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه) أي عن الآخر (ليس له) أي الذي مسيله في نصيب الآخر (أن يستطرق) أي يتخذ طريقاً في نصيب الآخر (ويسيل) من السيل ، أي يجري ماء (في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الإفراز والتميز (من غير ضرر وإن لم يمكن) صرف الطريق والمسيل عنه (فسخت القسمة ، لان القسمة مختلة لبقاء الإختلاط) وعدم الإفراز والتميز (فتستأنف) أي إذا كان كذلك فيستأنف القسمة . وقال الإمام

بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة ، لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع بعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب ،

الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي فهذا لا يخلو إما أن يذكر في القسمة الطريق أو لا يذكر ، فان ذكروا فالقسمة جائزة ويمر في الطريق ، وإن لم يذكروا فانه ينظر إن كان له مفتح فيما أصابه فانه يفتح الطريق فيها سواء ذكروا بكل حق هو له أو لم يذكروا وإن لم يكن له مفتح فيما أصابه إن ذكروا بكل حق هو له فانه يمر في نصيب صاحبه ، وإن لم يذكروا بكل حق هو له فالقسمة باطلة وكذلك في حق مسيل الماء .

(بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة) يعني فيما إذا باع داراً أو أرضاً فانه لا يبطل لعدم دخول الطريق والشرب في البيع لانهما لايدخلان في البيع من غير ذكرهما ، والمراد من الطريق الخاص في ملك إنسان (لان المقصود منه) أي من البيع (تملك العين) أي اثبات الملك في العين فحسب ، والدار بدون الطريق والارض بدون الشرب يقبل ، والملك لا يستحق ذلك إلا بالتنصيص (وأنه يجامع بعذر الإنتفاع في الحال) أي وإن البيع يجامع تعذر الإنتفاع بالمبيع في الحال ، أراد أن الإنتفاع به في الحال ليس بشرط في صحة البيع ، كما إذا اشترى جحشاً صغيراً بأن المبيع صحيح ، مع أنه لا ينتفع به في الحال (أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك) أي تكميل المنفعة (إلا بالطريق) لأن أحداً منهم لا ينتفع بنصيبه إلا بالطريق والشرب .

(ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول) وهو إذا أمكن ضرب الميل والطريق (كذلك الجواب) يعني ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر إذا أمكن صرف الطريق والمسيل إن ذكر الحقوق في القسمة بأن قال القسام بذلك بحقوقك ، فإن لم يمكن صرفها يستحقها بذكر الحقوق ، وحاصله أنه إن أمكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو إما ذكر الحقوق أو لا ، فإن لم يذكر لا يدخل الحقوق فتدخل الحقوق ولا تفسخ القسمة وإن لم يذكر

لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر ، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره ،

الحقوق لا يدخل الحقوق ويفسخ القسمة . صورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة مسيل مـاء البيت على سطح الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقاً ولا مسيل ماء . وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك ، وإذا أراد أن يمر في الصفة على حاله فيسيل الماء على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد أن له ما أصابه بكل حق له أولا ، بخلاف البيع ، فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق لم يدخل ، والفرق ما ذكرناه ولو لم يكن له مفتح للطريق ولا مسيل مـاء ، فان كان ما ذكرا في القسمة أن لكل واحد منها ما أصابه بكل حق هـو له جازت القسمة ، وكان طريقة في الصفة ومسيل ماء على سطحه كما كان قبل القسمة وإن لم يـذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة ، بخلاف البيع ، فإنه يكون صحيحاً وإن لم يذكر الحقوق والمرافق .

(لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتمام ذلك) أي تمام الإفراز والتمييز (بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقـه) أي تحقيق معنى القسمة (بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر ، فيصار إليه) أي من غـير ضرر إلى الغير ، فيصار إلى صرفها إلى غيرهما من غير ضرر له .

(بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك) أي اثبات الملك في العين (مع بقاء هـذا التعلق) وهو تعلق حق الطريق والمسيل (بملك غيره) أي غير المشتري (وفي الوجـه

وفي الوجه الثاني يدخل فيها، لأن القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتباره، وفيها معنى الإفراز، وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص، لأن كل المقصود الانتفاع، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر. ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة

الثاني) وهو ما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل (يدخل فيها) أي يدخل كل واحد من الطريق والمسيل في القسمة (لأن القسمة لتمليك المنفعة وذلك) أي تمليك المنفعة (بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص) بذكر الحقوق (باعتباره) أي باعتبار تمليك المنفعة (وفيها) أي في القسمة (معنى الإفراز وذلك) أي معنى الإفراز (بانقطاع التعلق عن الغير على ما ذكرنا) في أول الكتاب (فباعتباره) أي فباعتبار معنى الإفراز (لا يدخل) أي كل واحد من الطريق والمسيل (من غير تنصيص) بذكر الحقوق.

والحاصل انه باعتبار معنى تكميل الإنتفاع ينبغي أن يدخل في القسمة وإن لم يذكر الحقوق، باعتبار معنى الإفراز ينبغي أن لا يدخل، أو إن ذكرت الحقوق في اعتبار المعنيين جميعاً. فقلنا إذا ذكرت الحقوق دخلا في القسمة وإلا فلا.

(بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص) هذا يتعلق بقوله بخلاف البيع، أي حيث يدخل كل واحد من الطريق والمسيل في الإجارة بدون التنصيص بذكر الحقوق وبدون التنصيص عليها أيضاً (لأن كل المقصود الإنتفاع) أي ولأن المقصود كله من باب الإجارة الانتفاع بالمحل (وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر) ألا ترى لو استأجر جحشاً أو أرضاً سبخة للزراعة لا يجوز لفوات ما هو المقصود وهو الانتفاع. بخلاف البيع، فإن المقصود منه تملك العين كما مر تقريره.

(ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري،

إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه ، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ، ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله

أي ولو اختلف الشركاء أو الورثة ، والمراد من رفع الطريق أن يترك الطريق بين جماعتهم مشتركاً بينهم كما كان ، ويرفع من القسمة ولا يدخل فيها . قال تاج الشريعة يعني كان يقول بعض الشركاء كالإيداع طريقاً يقسم الكل ، وكان يقول بعضهم بل يدعي . قال بعضهم يرفع ، وقال بعضهم لا يرفع فالحكم في ذلك أن ينظره القاضي (إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) أي من غير طريق يترك للجماعة ، وقوله يرفع صفة الطريق (لتحقق الإفراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق .

(وإن كان لا يستقيم ذلك) أي صح طريق في نصيبه (رفع طريقاً بين جماعتهم) يعني يتركه مشتركاً فيما بينهم ولا يقسم قدر الطريق (لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق) وهذا ظاهر ، ولو لم يرفع الطريق هنا يتعطل على البعض منافعه إلا إذا تراضوا على ذلك لأنهم عطلوا منافع إملاكهم باختيارهم ، ومن ترك النظر لنفسه لا ينظر له ، كذا في شرح الكافي .

(ولو اختلفوا في مقداره) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو كان اختلف الشركاء في مقدار الطريق ، يعني في سعته وضيقه (جعل على عرض باب الدار وطوله) على باب الدار الأعظم وطوله ، والمراد بالطول هو الطول من حيث الأعلى ، لا الطول من حيث المشي وهو ضد عرضه ، لأن ذلك الطول إنما يكون إلى حيث منتهى بها إلى الطريق الأعظم ، وفائدته قسمة ما وراء الطول من الأعلى ، حتى لو أراد بعضها أن يشرع جناحاً في نصيبه إن كان فوق طول الباب له ذلك ، لأن الهواء فيما يراد على طول

لأن الحاجة تندفع به ، والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ، لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه . ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز ، وإن كان أصل الدار نصفين ،

الباب مقسوم بينهم ، فصار ما ينافي خالص حقه ، وإن كان فيها دون طول الباب يمنع من ذلك ، لأن قدر الطول من الهواء مشترك ، والبناء على قدر الهواء المشترك لا يجوز من غير رضاء الشركاء وإن كان أرضاً يرفع مقداراً يمر فيه ثور ، لأنه لا بد له من الزراعة فلا يجعل الطريق مقدار ما يمر ثوران معاً ، وإن كان يحتاج إلى ذلك لأنه لا يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما يتناهى ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام «رح» والذخيرة والمحيط.

وقالت الثلاثة يعتبر في قدر الطريق ما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج بحسب العادة وبما ذكرنا اندفع ما قاله الأترازي في هذا اللفظ إبهام ، لأنه يسبق الوهم إلى أن طول الطريق مقدار طول باب الدار وليس كذلك ، بل طول الطريق من أعلاه على أقل ما يكفيهم .

(لأن الحاجة تندفع به) أي يجعل الطريق على عرض باب الدار وطوله (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ، لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه) أي الطريق على سهام الشركاء كما كان قبل الانقسام ، قوله لا فيه ، أي لا في الطريق .

(ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين) هذا أيضاً ذكره تفريعاً على مسألة القدوري . قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وإن اشترطوا أن يكون الطريق بينهما لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهو جائز لما ذكر أنه مبادلة بتراضيهما ، فيعتبر اصطلاحهما في ذلك . وإن اشترطا أن يكون الطريق على قدر ساحة ما في ايديهما فهو جائز ، وهذا نص على أن بيع الممر جائز ، لأن القسمة بيع من حيث المعنى . وقد ذكر في كتاب الصلح أنه إذا كان الطريق لأحدهما والممر للآخر فباعا الطريق فإنه يكون الثمن بينهما نصفين ، فدل على أنه دخل في العقد أصلاً ، فعلى هذه الرواية يجوز بيع الشرب ، لأنه من جملة الحقوق كالطريق .

لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي . قـــال وإذا كان سفل لا علو عليه ، وعلو لا سفل له ، وسفل له علو ، قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك . قال رضي الله عنـــه هذا عند محمد « رح » .

وقال في الزيادات بيع الحقوق لا يجوز ، والممر من جملة الحقوق. فعلى رواية الزيادات لا فرق بين الشرب والممر في عدم جواز البيع ، وكذا حق التعلي . ثم قال في شرح الكافي وإن اشترطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل والآخر يمر فيه فهو جائز . وإن لم يشترطا شيئاً من ذلك فهو بينهما على قدر ما ورثا ، لأن القسمة لم تتناول الطريق ، فبقي بينهما على ما كان في الأصل . (لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي) لأن من رضي أن يترك حقه لا يعترض عليه .

(قال وإن كان سفل لا علو عليه) أي قال القدوري « رح » في مختصره . وكان هذه تاماً فلا تحتاج إلى الخبر ، أي وإن وجد سفل بكسر السين . وقوله لا علو عليه صفـــة ، وهو بكسر العين وسكون اللام . قال الجوهري وعلو الدار وعلوها نقيض سفلها ، والعلو بضم العين واللام وتشديد الواو (وعلو لا سفل له ، وسفل له علو ، قوم كل واحـــد على حدته ، وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) أي بغير التقويم والقسمة بالقيمة ، ولم يذكر القدوري فيه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، لأنه اختار قول محمد وأصحابنا «رح» كلهم مثل قول الطحاوي ، وغيره اختاروا قول محمد «رح» في هذه المسألة .

(قال رضي الله عنه هذا عند محمد « رح ») أي قال المصنف « رح » هذا المذكور في القدوري عند محمد . في الذخيرة صورته عـــلو مشترك بينهما بدون سفل ، وسفل مشترك بينهما بدون علو ، وسفل وعلو مشتركان بينهما وطلب القسمة من القاضي ، فعند محمد «رح» يقسم على قيمـــة السفل والعلو ، فإن كانت قيمتهما على السواء يحب ذراع بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر يحسب من الذي قيمته على النصف ذراع بذراعين من الآخر حتى استويا في القيمة . وعند الثلاثة لا يجبر الآبي من القسمة ، وعندنا يقسم كـما ذكرنا في الكتاب .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أنـــه يقسم بالذرع . لمحمد « رح » أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سرداباً أو اصطبلاً أو غـــير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة ، فيصار إليه ما أمكن، والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق . ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة

(وقال أبو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله إنه يقسم بالذرع) قال الطحاوي في مختصره وكان أبو حنيفة «رح» يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا عـلو له يجب من القيمة ذراع من السفل بذراعين من العلو . وكان أبو يوسف « رح » يقول يحسب كل ذراع من العلو بذراع من السفل . وقال محمد «ر ح » يقوم كل ذراع من العلو على أن لا سفل له ، وكل ذراع من السفل على أن لا علو له ، وهذا أجود انتهى .

(لمحمد « رح » أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو لاتخاذه بئر ماء أو سرداباً) قال الصنعاني في العباب ، السرداب بكسر السين ، والعامة بفتحها ، وهـــو معرب سرداب بفتح السين وبالمد وهو الجب الكبير ، وكذلك سرداب السرادب الذي يبنى تحت الأرض (أو اصطبلاً أو غير ذلك) نحو الطبخ وبيت الحطب والتبن والطاحونة ونحوها ، والعلو لا يصلح لهذه الأشياء ولا يصلح إلا للفرقة (فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمـــة) أي التعديل في القسمة .

(وهما يقولان) أي أبو حنيفـــة وأبو يوسف (أن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة ، فيصار إليه ما أمكن) أي فصار إلى ما ذكر من القيمة بالذرع مهما أمكن (والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق) أي المنافـــع لا تختلف باختلاف الأزمنه والأمكنة ، وأراد بالمراعى الاعتبار وهو بفتح العين (ثم اختلفا فيما بينهما) أي أبو حنيفة وأبو يوسف (في كيفية القسمة بالذرع ، فقال أبو حنيفة « رح » ذراع من

بالذرع ، فقال أبو حنيفة « رح » ذراع من سفل بذراعين من علو .
وقال أبو يوسف « رح » ذراع بذراع . قيل أجاب كل منهم

سفل بذراعين من علو . وقال أبو يوسف « رح » ذراع بذراع) أي يجعل ذراع بمقابلة ذراع منهما جميعاً .

وقال شيخ الإسلام أبو الفضل محمد بن أحمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي إذا كان سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما وأراد أن يقسمه القاضي فإنه يقسم البناء على سبيل القيمة بالإتفاق . فأما الساحة فيقسم كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ، فيذرع ساحة العلو طولاً وعرضاً فيضرب الطول في العرض فيعلم مبلغه ، وكذلك مساحة السفل يذرع طولاً وعرضاً فيضرب طوله في عرضه فيعلم مبلغه فيدفع كل ذراع من السفل بذراع من العلو . قال وهذا فرع لمسألة أخرى وهو أن لصاحب السفل إن سفل بالإجماع إذا كان لا يضر بالعلو وليس لصاحب العلو أن يتعلى فوقه وإن لم يضر بصاحب العلو عند أبي حنيفة « رح » .

وعندهما الأصل ذلك فقد استوت منفعة العلو والسفل عندهما فكذلك قال أبو يوسف « رح » كل ذراع من السفل بذراع من العلو . وعند أبي حنيفة « رح » منفعة العلو تنقص من منفعة السفل فكذلك كان كل ذراع من السفل بذراعين من العلو . وإذا كان بيت كامل وعلو وسفل بين رجلين في بيت آخر بينهما فأراد قسمتها بالتعديل فكل ذراع من بيت كامل بثلاثة أذرع من العلو ، لأن ذراعاً من العلو هنا بذراع من العلو فذلك ، وذراع من سفل هنا بذراعين من علو فذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من العلو . وإذا كان بيت كامل فكل ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل عنده . وعند أبي يوسف « رح » كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من السفل . وأما عند محمد « رح » ففي الفصول ما يقسم على سبيل القيمة ، وبه أخذ الطحاوي ، انتهى .

(قيل أجاب كل منهم) أي كل واحد من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله

على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى. ووجه قول أبي حنيفة «رح» أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه، لأنها تبقى بعد فوات العلو. ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل. وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفل، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل.

(على عادة أهل عصره ،أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو) أشار به إلى قول أبي حنيفة فإنه أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو (واستوائهما) أى استواء العلو والسفل ، وأشار به إلى قول أبي يوسف فانه أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد والتسوية بين العلو والسفل (وتفضيل السفل مرة) أي تفضيل السفل على العلو مرة كما مر في الكوفة (والعلو أخرى) أى وتفضيل العلو على السفل مرة أخرى كما في مكة والبصرة ، وأشار بهذا إلى جواب محمد «رح» (وقيل هو اختلاف معنى) أى حجة وبرهان ، قيل ان الاختلاف يعني الفقهاء .

ثم شرع يبين ذلك بقوله (ووجه قول أبي حنيفة «رح» أن منفعة السفل تربو) أى تزيد (على منفعة العلو بضعفه) قال أبو عبيدة ضعف الشيء مثله. وقال الأزهرى الضعف المسيل إلى ما زاد ، وهو في الأصل زيادة غير محصورة (لأنها تبقى بعد فوات العلو) أى ولأن منفعة السفل يبقى بعد فوات العلو (ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل) لأن بقاء منفعته ببقاء السفل، فإذا ذهب ذهبت (وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) فلو أراد أن يحفر في سفله سرداباً لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك(وفي العلوالسكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفل فيعتبر) أى إذا كان كذلك فيعتبر (ذراعان منه) أى من العلو (بذراع من السفل) .

ولأبي يوسف « رح » أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله . ولمحمد « رح » أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد ، وبالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة ، والفتوى اليوم على قول محمد « رح » وقوله لا يفتقر إلى التفسير . وتفسير قول أبي حنيفة « رح في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ، لأن العلو مثل نصف السفل

(ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى ، وهما يتساويان فيه) أي صاحب العلو وصاحب السفل يتساويان في أصل السكنى (والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله) أي على أصل أبي يوسف « ر ح » .

(ولمحمد أن المنفعة) أي منفعة العلو والسفل (تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما) أي إلى العلو والسفل ، يعني في كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو . وفي موضع تكثر المدرة في الأرض يختار العلو ، وربما يختلف ذلك أيضاً باختلاف الأوقات (فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة) لأن المراد من القسمة التعديل فيصار إلى القيمة (والفتوى اليوم على قول محمد «رح») كذا في المبسوط والذخيرة والمغني والمحيط ، وبه قالت الثلاثة (وقوله لا يفتقر إلى التفسير) أي قول محمد «رح» لا يحتاج إلى التفسير ، لأنه قال بالقيمة وهو ظاهر .

(وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب) أي القدوري (أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد) الذي لا سفل له (ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل) وهو يشتمل على العلو والسفل (لأن العلو مثل نصف السفل) فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل ، وموضع هذه المسألة أنها في دار واحدة ، وعنده يقسم إذا كانت

فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو :
ومعـــه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع
تساوي مائة من العلو المجرد ، ويحمل بمقابلة مائة ذراع

دار واحـدة ، وإن كانت في دارين محمولة على رضاهم بذلك (فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ســتة وستون وثلثان من العلو) وأشار بالفاء التفسيرية إلى تفسير قوله لان العلو مثل نصف السفل ، وتقريره أي ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من السفل الكامل هو ســتة وســتون وثلثا ذراع من العلو الكامل ، بمعنى يقابل الثلاثة والثلاثون والثلث وســتة وستين وثلثين .

فقوله ستة وستين خبر لقوله ثلاثة وثلاثون ، فافهم . الان يحمل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ، وثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ، لان الذراع الواحــدة من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد ، فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثين وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد ، ويحمل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستين وثلثا ذراع ، لان كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من الســـفل المجرد ، فاذا ضربت الواحد والنصف في ســتة وستين وثلثي ذراع يكون مائة لا محالة فيشتري الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد فافهم .

(ومعــه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو) أي مع الستة والستين والثلثين ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من العلو المجرد ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو العدد المذكور (فبلغت مائة ذراع ، تساوي مائة من العلو المجرد) أي فبلغت الستة والستون والثلثان مع الثلاثة والثلاثين والثلث مائة ذراع ، فصح ما قاله إن مائة ذراع من العلو المجرد بمقابلة ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ، فكان هــذا التقابل بين البيت الكامل والعلو المجرد .

ثم شرع بذكر ما يقابل البيت الكامل والسفل المجرد ، فقال (ويحمل بمقابلة مائة

من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع ، لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا . وتفسير قول أبي يوسف « رح » أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ، أو مائة ذراع من العلو المجرد ، لأن السفل والعلو عنده سواء ، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل ، وخمسون منها علو . قال وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما .

ذراع من السفل المجرد) الذي لا علو له (من البيت الكامل) فكان هذا التقابل (ستة وستون وثلثا ذراع ، لان علوه) أي علو البيت الكامل (مثل نصف سفله ، فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا) أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد يبلغ المائة ، لانه لما أخذ من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع ، لان بهذا التعدد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلثي ذراع علو إذ هو مقدر بنصف هذا ، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ، فكان المجموع مائة ، فكانت هذه المائة من الثلث الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد كما ذكرنا ، والسفل المجرد ستة وستون وثلثا ، أي لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله ، أي السفل الذي لا علو له ستة وستون ذراعاً ، لانه ضعف العلو المجرد .

(وتفسير قول أبي يوسف « رح » أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد) أي أو يجعل مائة ذراع من العلو المجرد الذي لا سفل له بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل (لان السفل والعلو عنده سواء) أي عند أبي يوسف « رح » (فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل، وخمسون منها علو) وهذا ظاهر .

(قال وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) أي قال القدوري

قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد لا يقبل وهو قول أبي يوسف أولاً وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما، وقاسما القاضي وغيرهما سواء. لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما، لأن فعلهما

صورته دار قسمت بين ورثة أو مشتري وأنكر بعضهم أنه استوفى نصيبه يشهد عليه القاسمان بذلك تقبل شهادتهما، ولم يذكر القدوري فيه الخلاف (قال رحمه الله هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) أي قال المصنف الذي ذكره القدوري هو قول أبي حنيفة وأبى يوسف.

(وقال محمد لا تقبل، وهو قول أبي يوسف أولاً، وبه قال الشافعي) ومالك وأحمد «رح» (وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما) أي ذكر الخصاف في أدب القاضي قول محمد كقولهما، فقال وإذا قسمت الدار والارض بين الورثة وأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه وشهد عليه قاسما القاضي اللذان توليا القسمة بينهم أنهما تقاصرا في نصيبه فإن شهادتهما جائزة عليه في قول أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله، انتهى. وكان القدوري ذهب إلى ما ذكره الخصاف (وقاسما القاضي وغيرهما سواء) أي سواء كان الشاهدان اللذان شهدا في المسألة المذكورة المتقاسمين اللذين يقسمها القاضي أو غيرهما ممن اختارها المتقاسمون.

(لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل) لأنهما متهمان في هذه الشهادة (كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله) بأن علق عتقه بكلام رجلين فشهدا أنه كلامهما.

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبى يوسف «رح» (أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه،

التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه . وقال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبـــل الشهادة بالإجماع ، وإليـــه مال بعض المشايخ ، لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه ، فكانت شهادة صورة ودعوى معنى ، فلا تقبل ، إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمـل المستأجر عليه ، وهو التمييز وإنمـــا الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة .

أو لأنه) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز (لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم) أي لا يلزم حكماً فلا يكون مقصوداً ، فلا تكون الشهادة عليه من حيث المعنى (وإنما يلزمه بالقبض والإستيفاء) لان القبض هو الملزوم (وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه) لعدم التهمة .

(وقال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبـــل الشهادة بالإجماع) لأنهما جرا لأنفسهما شيئاً (وإليه مـــال بعض المشايخ) أي إلى قول الطحاوي ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي رحمهم الله (لأنهما يدعيان إيفـــاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل) لان المدعي لا تقبل شهادته (إلا أنا نقول) استيفاء من قوله وإليه مال بعض المشايخ ، وإشاراته اختار قول صاحب القدوري والمعنى لكن نحن نقول (هما) أي القاسمان اللذان شـــهدا (لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً) أي غنيمة ، يعني منفعة (لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه) على أنهما قد أوفيا العمل الذي قد استأجروهما لأجله (وهو التمييز) أي العمـــل المستأجر عليه هو تميز الحقوق بينهم (وإنما الاختلاف في الاستيفاء) أي وإنما وقع اختلاف المتقاسمين في استيفاء بعض الحقوق ، وهو غير فعل التمييز فوقعت شهادتهما على فعل الغير (فانتفت التهمة) فتقبل الشهادة .

ولو شهد قاسم واحد لا تقبل ، لأن شهادة الفرد غـــير مقبولة على الغير . ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ، ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً ، والله أعلم .

(ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو شــهد قاسم واحد على القسمة لا تقبل (لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير) لان قول الواحد ليس بحجة في الشرع (ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر) بأن قال له القاضي ادفع هذا المال إلى فلان فقال قد دفعته (يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه) يعني إذا أنكر المدفوع إليه فالأمين يصدق في البراءة لنفسه (ولا يقبل في إلزام الآخـــر إذا كان منكراً) لان قول الامين حجة واقعة غير ملزمة ، والله أعلم .

* * *

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة، لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة ، فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء ، فمن نكل منهم

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

أي هذا باب في بيان دعوى المتقاسمين الغلط في القسمة وظهور الاستحقاق فيها، وإنما أخره لكونه من العوارض ، والوجه تأخيره .

(قال وإذا ادعى أحدهما الغلط) أي قال القدوري في مختصره ، أي إذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة (وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه) أي من الذي أصابه من العقار مثلاً شـــيء وقع في يد صاحبه . وفي بعض النسخ شيئاً بالنصب وهو الوجه ، لأنه اســم أن ، ووجه الرفع على لغــة البعض كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ إن هذان الساحران ﴾ ٦٣ طه (وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء) أي والحال أنه قد أشـــهد على نفسه ، وفســـره في المبسوط أي أقر بالإستيفاء . وكذا قال تاج الشريعة ، أي أقر أنه استوفى نصيبه (لم يصدق على ذلك إلا ببينة) أي لم يصدق على ما ادعــاه من الغلط إلا بحجة (لأنه يدعي فســـخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة) كالمشتري إذا ادعى خيار الشرط ، فإن أقامها فقد نوى دعوى ، وإن عجز عنها وهو معنى .

(فإن لم يقم له بينــة استحلف الشركاء) قيــد بقوله استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم ، فإذا أنكروا واستحلفوا عليه لرجاء النكول ، وكان حق التركيب أن يقول استحلف شريكه، لأنه قال أولاً وإذا ادعى أحدهما الغلط (فمن نكل منهم) أي

جمع بين نصيب الناكل والمدعي، فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما، لأن النكول حجة في حقه خاصة ، فيعاملان على زعمهما .
قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه وإليه أشار من بعد .

من الشركاء (جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما ، لان النكول حجة في حقه خاصة) لان الناكل كالمقر ، وإقراره حجة عليه دون غيره ، ولو فسر هذا التركيب من وجهين ، الأول : أن الجملة وقعت خبراً وهي عارية عن الضمير فلا يجوز ، والثاني : في قوله أنصبائهما . قلت أما الأول فلان اللام في قوله الناكل ، أعني عن الضمير ، وأما الثاني فهو من قبيل قوله تعالى ﴿ فقد صغت قلوبكما ﴾ ٤ التحريم (فيعاملان على زعمهما) أي فيعامل الناكل والمدعي على حسب زعمهما بفتح الزاي وسكون العين من زعم يزعم ، من باب نصر ينصر ، وهو يستعمل في الامر الذي لا يوثق به ، ويجوز ضم الزاي أيضاً ، وأما زعم مثل علم يعلم فمعناه طمع ، ومصدره زعم بفتحتين .

(قال رحمه الله ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً) يعني وإن أقام البينة ، والقائل هو المصنف « رح » (لتناقضه) أي لتناقض المدعي ، فانه إذا أشهد على نفسه بالإستيفاء فبعد ذلك بقاء حقه في يد آخر يناقض ، فينبغي أن لا يسمع دعواه ، كذا في المبسوط وفتاوى قاضي خان . واعتذر بعضهم في هذا فقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد إقراره أنه رقيق . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد « رح » في رجل مات وترك داراً وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما ما في يد صاحبه لم يصدق على ذلك ، إلا أن يقر صاحبه ، فعلم بهذا أنه لا تقبل بينته بعد الإقرار بالإستيفاء كما قال صاحب الهداية (وإليه أشار من بعد) إلى ما ذكرنا أشار القدوري في قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء .

وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه ، لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر . وإن قال أصابني إلى موضع كـــذا فلم يسلمه إليّ ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة ، لأن الاختلاف في مقـــدار ما حصل له بالقسمة ، فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيـع على ما ذكرنا من أحكام التخالف فيما تقدم . ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه ،

وقال تاج الشريعة ويحتمل أن تكون الإشـارة في المسألة الثالثة وهو إذا لم يشهد على نفسه بالإستيفاء والحكم فيها التحالف ، لأنهما اختلفا في قـــدر المقبوض وقد وجد هذا المعنى في المسألة الاولى ولم يشرع التحالف على ان عدم التحالف في المسألة الاولى للتناقض .

(وإن قال قد استوفيت حقي فأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) هـــذا لفظ القدوري (لانه يدعي عليه الغصب وهو منكـــر) وقوله استوفيت بضم التاء إذا استوفى ، وقوله وأخذت بفتح ، أى أنت أخذت بعض حقي لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر ، والقول للمنكر مع يمينه .

(وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي) هذا لفظ القدوري ، أى وإن قال أحد المتقاسمين للآخر (ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء) أى والحال أن المدعي لم يشـهد على نفسه بأنه استوفى نصيبه (وكذبه شـــريكه) أى في قوله أصابني إلى موضع كذا (تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار مـــا حصل له بالقسمة) فيكون الاختلاف في نفس القسمة (فصار نظير الاختلاف في مقـــدار المبيع) أى صار الحكم المذكور نظير اختلاف المتبايعين في قدر المبيع فوجد التخالف (على ما ذكرنا من أحكام التخالف فيما تقدم) في كتاب الدعوى .

(ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) ذكر هـــذا تفريعاً على مسألة القدورى ،

وذكر الاسبيجابي في شرح القدوري وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة والآخر خمس وأربعون شاة ، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطاً في التقويم لم يقبل بينة في ذلك ، لأن القسمة منهم إقرار بالتساوي ، فاذا ادعى التفاوت وقد أنكر ما أقر به فلا يسمع ولم يفصل بينهما إذا كانت القسمة بالقضاء أو بالتراضي وبينهما ما إذا كان الغبن يسيراً أو فاحشاً كما ترى . وكذلك أطلق الكرخي في مختصره . وقال في المسائل في قسم المبسوط اختلفا في التقويم لا يلتفت إلى قولهم ، لأن القسمة إن كانت بالتراضي فالقاضي لا يقضي إلا بتقويم المقومين ، فصار كما لو قضى ثم ادعى أنه ذو رد . وإن كانت بالتراضي فهو مدعي غبناً والعقد لا يخلو عنه . وقال في كتاب أدب القاضي في شرح الطحاوي إذا ادعى الغلط في التقويم وكانت الغبن وأنتم قومتموه بألف فهنا لا يلتفت إليه لأنه يدعي الغبن ، والغبن بالتقويم لا يبطل القسمة كالبيع .

ثم قال وقيل هذا إذا كانت قسمة الرضى ، فأما إذا كانت القسمة بالقضاء له حق الفسخ ، لأنه لم يرض بذلك . وقال في الفتاوى الصغرى ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة من حيث القيمة ، يعني إذا ادعى عيباً في القيمة إن كان يسيراً بحيث يدخل تحت تقويم المقومين لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته . وإن كان بحيث لا يدخل تقويم المقومين. وإن كانت القسمة بالقضاء لا بالتراضي تسمع بينته بالإتفاق. وإن كان لا يتراضى الخصمين إلا بقضاء القاضي لم يذكر في الكتاب .

وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول إن قيل يسمع فله وجه ، بخلاف الغبن في البيع . وإن قيل لا يسمع فله وجه أيضاً كما قال في البيع . وحكي عن الفقيه أنه كان يقول يسمع كما إذا كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كما ذكره في شرح المختصر . وذكر في أدب القاضي من شرح القاضي الإمام الأسبيجابي أن في دعوى الغبن في القسمة إذا كان بالتراضي لا يسمع كما في البيع . قال بعض المشايخ قالوا تسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي . وذكر الأسبيجابي في شرحه دقيقة لطيفة فقال وهذا كله إذا لم يقر الخصم بالإستيفاء ، فأما إذا أقر بالإستيفاء فإنه لا يصح دعواه الغلط والغبن، إلا إذا ادعى الغصب

لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع ، فكذا في القسمة لوجود التراضي . إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش ، لأن تصرفه مقيد بالعدل . ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر انه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا . وإن كان أقام البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج ، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد . وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا .

فحينئذ يسمع دعواه ، إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى ، والصدر الشهيد أخذ بالقول الأول كذا في الذخيرة . وفي فتاوى قاضي خان جعل القول الأخير أولى ، وبه قال الفضلي . وعند الشافعي لم يقبل دعواه في القسمة بالتراضي كما ذكر الشهيد وبالقضاء تقبل .

(لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به) أي بدعوى الغبن ، وتذكير الضمير على تأويل الادعى (في البيع) بأن اشترى شيئاً بثمن معلوم ، ثم ادعى الغبن فيه فإنه لا تسمع (فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش ، لأن تصرفه مقيد بالعدل) أي لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ، فإذا ظهر الغبن الفاحش ظهر أن القضاء كان بغير عدل .

(ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة) أي ينتقص ، ونصيب هذه المسألة غير مسألة أول الباب ، إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخرى عليها ، قيل أعادها لزيادة البيان (فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه) أي أن البيت من الذي أصابه ، يعني من نصيب الذي أصابه (بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا) أشار به إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة ، لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها (وإن أقاما البينة) أي وإن أقام كل واحد منهما البينة على مايدعيه (يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج ، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد) وفيه خلاف الشافعي ، وقد مر في الدعوى (وإن كان قبل الإشهاد على القبض) أي وإن كان ما ادعياه قبل الإقرار بالقبض (تحالفا وترادا) أي

وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا . وإن قامت لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع .

فصل

قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة « رح » ، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه . وقال

حلف كل منهما على دعواه ، وتعاد القسمة كما في البيع يتحالفان ويفسخ البيع .

(وكذا إذا اختلفا في الحدود) ذكره تفريعاً ، صورته دار بين اثنين اقتسما وأصاب أحدهما جانباً منها ، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه الآخر بلا بينة . وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما البينة الذي في يد صاحبه أنه دخل في حده (وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا) أي بينة الخارج أولى ، لأنه أكثر إثباتاً . وفي شرح الكافي فإن اختلفا في الحد بينهما ، فقال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه . وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه . فإن قامت لهما بينة قضيت به بينهما ، لأنه في أيديهما وإلا استحلف كل منهما على دعوى صاحبه وجعلت كل منهما ما في يده ، لأن كل منهما مدعى ومدعى عليه ، فإن أراد أحدهما رد القسمة بعدما يتحالفان ، لأن الاختلاف وقع في نفس القسمة (وإن قامت لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع) يعني يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وبعد التحالف ويرد القسمة .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الاستحقاق (قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة « رح » ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه . وقال أبو يوسف « رح » تفسخ القسمة) أي قال القدوري في مختصره ، يعني إذا كانت دار بين

اثنين إما ورثاها وإما اشترياها فاقتسماها ثم استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لا ينقض القسمة عند أبي حنيفة وعن قريب تذكر صورتها بأوضح من هذا، وبقول أبي حنيفة قال أبو مالك وفي بعض كتبه إن كان الشيء المستحق تافهاً يسيراً رجع بنصف قيمة ذلك دراهم ودنانير ، ولا يكون بذلك شريكاً لصاحبه . وقال أشهب رجع بنصف نصيب صاحبه سواء كان المستحق قليلاً أو كثيراً ، وفيه المضرة ولا مضرة فيه ، ولا ينقض القسمة ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي .

(قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر في الأسرار) أي كما ذكره القدوري ذكره أبو زيد في إشارات الأسرار . وقال السغناقي صفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وصفاً وتعليلاً من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة . قلت عبارة الأسرار إذا اقتسم رجلان داراً بينهما ثم استحق من نصيب أحدهما بيت معين لم يبطل القسمة، ولكن يتخير القسمة المستحق عليه إن شاء ضرب في نصيب صاحبه بما يساوي صاحبه ، وإن شاء استأنف عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يستأنف القسمة وقول محمد مضطرب . والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع في نصيب أحدهما لأن محمداً ذكر الخلاف في استحقاق نصف ما في يد أحدهما في كتاب الأصل . وكذا ذكر الحاكم في الكافي والطحاوي والكرخي في مختصريهما وصاحب الذخيرة كلهم ذكروا على سؤال واحد ، والنصف اسم للشائع لا محالة .

وقال الكرخي في مختصره قال محمد وإذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتسماها فأخذ أحدهما الثلث من مقدمها وقسمته ستمائة وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها ، وقيمتها ستمائة ثم اصطلحا على ذلك ميراثاً كان بينهما أو شراء، ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم ، فإن أبا حنيفة قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده ، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً ان شاء ، وان شاء نقض القسمة وهو قول محمد .

والصحيح أن الإختلاف في استحقاق بعض شـــائع من نصيب أحدهما ، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإتفاق ، فهذه ثلاثة أوجه ، ولم يذكر قول محمد . وذكر أبو سليمان مع أبي يوسف ، وأبو حفص مع أبي حنيفة

وقال أبو يوسف يرد ما بقي في يـــده ويبطل القسمة ويكون ما بقي فى أيديهما نصفين ، انتهى .

والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه ، ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصفين أو فيهما جميعاً لا ينقض القسمة بالإتفاق . وفى استحقاق شىء شائـــع فى النصفين تنقض القسمة بالإتفاق . وفى استحقاق بعض شائع فى النصيبن أحـد الطرفين لا تنقض القسمة عند أبى حنيفة خلافاً لأبى يوسف، وهى مسألة الكتاب فدل على ما ذكرنا كله على صحة ما قاله السفناقي ، وما قيل يمكن أن يحمل على اختلاف النسخ ليس بشىء ، فإن الكتب التي ذكرنا شاهدة على هـــذا ، على أن قول القدوري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قول القدوري بعينه متعلق بنصيب أحدهما لأنه بعض فيكون تقدير كلامه : واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينـــه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لا فى المعين ، فافهم .

(والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأمـا فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع . ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإتفاق فهذه ثلاثة أوجه) وهى ظاهرة ، وقد ذكرناها آنفـــاً . وفى الصورة الثالثة اختلف أصحاب الشافعى . وقال أبو هريرة يبطل القسمة فى المستحق ويكون فىالباقي قولان . وقال أبو اسحاق يبطل فى الكل قولاً واحـداً . وقال مالك لا تبطل القسمة واتبع كل وارث بقدر ما صار اليه ان قدر على قسمة من ذلك وهو الأصح (ولم يذكـــر قول محمد) أي لم يذكر القدوري قول محمد «رح» لأنه مضطرب (وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف) أي وذكر أبو سليمان قول محمـــد مع أبى يوسف (وأبو حفص مع أبي

وهو الأصح . لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث . لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما أن استحق بعض شائع في النصيبين . وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً ، بخلاف المعين . ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما . ولهذا جازت القسمة على هذا

حنيفة) أي ذكر أبو حفص قول محمد مع أبى حنيفة (وهو الأصح) .

(لأبى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما) أي للمتقاسمين (والقسمة بدون رضاه باطلة) أي بدون رضاء الشريك الثالث ، لأن موضع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة ، لأنه اعتبر القسمة فيها ، ولا بد من التراضى (كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين) أي فى نصيب الشريك (وهذا) أي بطلان القسمة أيضاً فى ظهور الاستحقاق فى بعض شائع فى النصيبين (لأنه باستحقاق جزء شائع تنعدم معنى القسمة) أي في النصيب (وهو الإفراز) أي في معنى القسمة ، وهو الإفراز والتمييز (لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً) توضيحه أن استحقاقه وإن كان من نصيب صاحبه المقدم خاصة فذلك يؤدى إلى الشيوع على الكل ، لأن صاحب المقدم يرجع بحصة ذلك مما في يد صاحب المؤخر ، فيكون ذلك بمنزلة ما لو كان المستحق جزءاً شائعاً في الكل .

(بخلاف المعين) لأن في استحقاق بعض معين يقع الإفراز فيما وراءه يمكن أن يبقى له ولاية الرجوع ، يعني المستحق عليه بالخيار أن شاء أبطل القسمة لأنه استحق بعض المعقود عليه ، والتنقيص في الأعيان عيب ، والعيب يوجب الخيار . وإن شاء لم يبطل القسمة ورجع على صاحبه بربع ما في يده اعتباراً بالجزء بالكل .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما) لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر (ولهذا جازت القسمة على هذا

الوجـــه في الإبتداء بأن كان النصف المقـدم مشتركاً بينهما وبين ثالث ، والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيـه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربـــع المؤخر يجوز ، فكذا في الإنتهاء ، وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين ، لأنـــه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين ، أما هاهنا لا ضرر بالمستحق فافترقا

الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث) أي بأن كان النصف المقدم من الدار مشتركاً بين شريكين وثالث ، صورته أن يكون دار على نصفين فالنصف المقدم منها مشتركاً منها بين ثلاثة نفر ، والنصف المقدم من هذا النصف لواحـد منهم ، والنصف الآخر بين اثنين على السوية (والنصف المؤخر بينهما) أي بـين هذين الاثنين على السوية (لا شركة لغيرهما فيه) أي في النصف الآخر (فاقتسما) أي هذان الاثنان (على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز) أي على أن يأخذ أحدهـــما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر ، ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك يجوز ، لأن ما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى ، وهو معنى قوله (فكذا في الانتهاء ، وصار كاستحقاق شيء معين) أي في عدم انتفاء معنى الافراز .

(بخلاف الشائع في النصيبين) جواب عما قال أبو يوسف كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين (لأنه لو بقيت القسمة) في هذه الصورة (لتضرر الثالث بتفريق نصيبـــه في النصيبين) في موضعين فيؤدي إلى الضرر منتف شرعاً (وأما هـــا هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا) أي الحكمان في المقيس والمقيس عليه في النصيبين ، لأنه يحتاج إلى قسمة في يد كل واحد منهما ، فتتفرق نصيبه .

فإن قلت إذا لم يكن للمستحق ضرر ولكن المستحق عليه يتضرر بتفريق نصيبه في التعين ، أعني نصيب المستحق ونصيب الشريـك الآخر . قلت ضرر المستحق عليه ليس بمنظور هنا ، لأن ضرورة انشاء من فعلهما حيث اقتسما بدون الشريك الثالث ولم يفصحا

صورة المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر التلثين من المؤخر ، وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل . ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي

عنه ، على أنا نقول هذا الإشكال يرد على الكل ، لأن في استحقاق الجزء المعين يلزم هذا الضرر على المستحق عليه ، ومع هذا لا ينقض القسمة بالإجماع .

(وصورة المسألة) أي المسألةالمذكورة في الكتاب لا المستشهد بها (إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ، ثم استحق نصف المقدم) أي النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما (فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر) فإن جميع قيمة الدار ألفاً ومائتا درهم،ولما استحق النصف من الثلث المقدم شيء أن المشترك بينهما تسعاً ، ثم فهو كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين ، والذي بقي في يد صاحب المقدم يساوي ثلاثمائة ، وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين (لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل) أي لأن إنسان لو استحق كل المقدم من الدار وهو الثلث والباقي ظاهر .

(ولو باع صاحب المقدم نصفه) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو باع صاحب المقدم النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما (ثم استحق النصف

رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا ، وسقط خياره ببيع البعض. وعند أبي يوسف في يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه ، لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده ،

الباقي رجع بربع مافي يد الآخر عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقد ذكر هنا قول محمد مع أبي يوسف «رح» كما في الاول . وذكر الكرخي قوله مع أبي حنيفة كما في الاول ، وذلك لان من أصل أبى حنيفة أن القسمة لا تنقض فيحتاج إلى تحقيق معنى المعادلة ، فيقول لو استحق جميع ما في يده رجل بنصف ما في يد صاحبه . وإذا استحق النصف رجع بالربع اعتبار للجزء بالكل ، وهو معنى قوله (لما ذكرنا) يعني من قوله لان لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده إلى قوله اعتباراً للجزء بالكل (وسقط خياره ببيع البعض) أى سقط خيار المستحق عليه في فسخ القسمة ، لانه باع البعض وبقي حق الرجوع بالربع تحقيقاً للمعادلة .

وقال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة ما بين رجلين نصفين ميراثاً أو شراءاً فاقتسماها وأخذ أحدهما أربعين شاة فساوى خمسمائة ، وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم ، فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله أيضاً ، فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها بخمسة دراهم ، ويضرب فيها الآخر بخمسمائة درهم إلا خمس دراهم ، انتهى . وهذا لا ينقض القسمة بالإتفاق ، لان الاستحقاق إذا ورد على شيء يعني لا ينقض القسمة وقد وردت على شاة بعينها فوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحققت معنى المبادلة ، وتبنى أن بينهما ألفاً إلا عشره دراهم ، وقد وصل إلى صاحب الستين وخمسمائة إلى صاحب الاربعين أربعمائة وتسعين ، ويبقى خمسة دراهم إلى تمام حقه فيضرب في الستين شاة بخمسة دراهم وشريكه بأربع مائة وخمسة وتسعين .

(وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان فيضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده) أى عند أبي يوسف ، لانه تبين الاستحقاق والقسمة

والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيـــه، وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه . قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة

كانت فاسدة (والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك) هـــذا جواب لمن يقول ينبغي أن ينقض البيع ، لانه بناء على القسمة وهي فاسدة فيفسد ما بنى عليه فليسترد الشريك البائع ما باع ، ويجمع النصيب الذي في يد الآخر ويقسم ثانياً ، فأجاب بأن القسمة في معنى البيع من حيث أنهـــا مبادلة فكانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض في البيع الفاسد (فنفذ البيع فيه) لاتصال القبض (وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه) لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيـع فيضمن نصف صاحبه .

(قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) أي قال المصنف ذكر هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري وهي من مسائـل الأصل ، ولكن كان ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة لفظ قال لأنه لم يذكر هذه المسألة في البدايـة . وقوله دين لا تفاوت فيه بين أن يكون قليلاً أو كثيراً ، وبـــه صرح الحاكم في الكافي والكرخي في مختصره ، إلا أن يكون للميت مال ما سوى ذلك بيع بالدين وأبعدت القسمة . وقوله رد القسمة ، أي إذا لم يرد الورثة الدين ، إما لراد وإلا ترد، لأن حق الغرماء في مالية الشركة لا في عينها ، وبه قال مالك . وقال الشافعي إن قلنا أن القسمة تمييزاً لحقين لم تبطـل القسمة ، وإن لم يقبض الدين بطلت القسمة . وإن قلنا بيـع الشركة قبل قضاء الدين ففيه قولان ، وفي قسمتها قولان . وفي الذخيرة لو ظهر وارث آخـــر وموصى له بالثلث أو الربع أو ما أشبه ذلك وردت القسمة لأنه ظهر أن في الشركة شريكاً آخر قد اقتسموا دونه . وكذا لو ظهر الموصى له بالألف المرسلة ، أي إذا قالت الورثة بحق ينقص حـــق الغرماء وحق الموصى له بالألف المرسلة .

أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك ، لأن حقهما في عين الشركة فلا ينفك إلى مالك آخر إلا برضاهما ، وحق الغريم والموصى له بالألف المرسلة الى

لأنـــه يمنع وقوع الملك للوارث ، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم

المالية لا في عين الشركة ، وفي ذلك قال الوارث في التركة سواء . ولهذا قالوا لو كان مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم والموصى له بالألف المرسلة حق بعض القسمة ، بل يعطى حقهما منه .

واختلف أصحاب مالك في ظهور وارث آخر وموصى له بالثلث قال ابن القاسم وان كانوا عالمين بوارث آخر لا تصح القسمة ، وإن لم يكونوا عالمين والشركة عين أخذ من كل ما يتنويه ، وقال عبد الملك وأشهب القسمة جائزة في الوجهين وله الخيار إن شاء أجـاز القسمة وأخذ ما تنويه من كل ، وإن شاء رد القسمة فيجمع سهمه في محل إذا كانت التركة دارين ، وان كانت أكثر استرد القسمـــة . واذا كان في التركة دين وطلبوا من القاضي القسمة والقاضي يعلم بالدين وصاحب الدين غائب ، فان كان الدين مستغرقاً الدين لا يقسم القاضي ، لأنه لا ملك لهم فى الشركة ، فان كان غير مستغرق فالقياس أن لا يقسمهـــا أيضاً ، لأن الدين سائل لكل جزء من أجزاء التركة ، حتى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين ، وهذا القياس قول أبي حنيفـة « رح » ولكنه استحسن وقال قلما يخلو تركة عن دين يسير ويستحب أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة ، فالأحسن أن ينظر للفريقين فيقف من التركة قدر الدين ويقسم الباقي مراعاة للحقين وفيه نظر للميت من حيث أن وارثه يقوم بحفظ ما نصيبه من ذلك ، فليس يكون مضموناً عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه مالا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك مثله هذا قول أبي حنيفة .

أما عندهما يأخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوماً للقاضي عن الدين ، فاذا قالوا لا دين فالقول لهم ويقسم القاضي تمسكهم بالأصل وهو فراغ الذمة عن الدين ، ولو ظهـــر دين نقض القسمة لأن أوانها قضاء الدين ، كذا في المبسوط والذخيرة .

(لانه يمنع) أى لان الدين يمنع (وقوع الملك للوارث) وقد ذكرنا مستقصى (وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة) شائعاً فلا يجوز التصرف كالمرهون (إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم) استيفاء من قوله ردت القسمة ، يعني

لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفـــاء حقهم . ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة ، لأن المانع قد زال . ولو ادعى أحد المتقاسمين دينـــاً في التركة صح دعواه ، لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة

إذا بقي في التركة بعد القسمة بشيء يوفى به الدين فلا ترد القسمة (لانه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم) لان المانع عن القسمة قيام حق الغريم ، فإذا وصل إليه حقه زال المانع من نفوز القسـمة .

(ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة) أي وكذا لا يرد القسمة لانه لا حاجة إلى نقض القسمة إذا أبرأ الميت غرماءه بعد القسمة (أو أداه) أي دين الغرماء حق (الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط) أي وسواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن (جازت القسمة ، لان المانع قد زال) وهو قيام الدين .

فإن قلت ما الفرق بين هذا وبين ما إذا ظهر موصى له بالثلث . قلت أنه شريكه في التركة وقد اقتسموا بدونه فلا تصح القسمة ، كما إذا استحق شيء شائع في التركة ، فان القسمة باطلة كذلك هاهنا . والفقه فيه انا نعتبر الانتهاء في المسألتين بالابتداء ، وفي ابتدائها إذا قسموا التركة وأعطوا حق الموصى له بالثلث من مالهم لم يكن لهم ذلك إلا برضاه ، لان حقه في عين التركة ، فاذا أرادوا أن يعطوه من مالهم فقد قصدوا شـــراء نصيبه من التركة فلا يصح إلا برضاه فكذلك في الانتهاء ، وقد مر تحقيقه آنفاً

(ولو ادعى أحـــد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه) ذكر تفريعاً على مسألة القدوري قيد بقوله ديناً ، لانه لو ادعى عيناً من أعيان التركة بأي سبب كان بالشراء والهبة أو غيرهما فلا يقبل دعواه كما يجيء عن قريب ، إذ الدين لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها وهي المالية ، ولهذا للورثة حق إيفاء الدين من مال آخر ، واستخلاص التركة لا تقسم فلم يكن الاقدام على القسمة إقراراً بعدم الدين ، أشار إليه بقوله (لانه لا تناقض دعواه ، إذ الدين يتعلق بالمعنى) أي بمعنى التركة وحق المالية (والقســمة تصـــادف

تصادف الصورة . ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

(فصل في المهايأة)

الصورة) أي صـــورة التركة ، وشـرط التناقض اتحاد المحل ، وهاهنا قد اختلف المحل فلا يتناقض .

(ولو ادعى) أحد المتقاسمين (عيناً) من الأعين في التركة (بأي سبب كان) من الشراء والهبة أو نحوهما (لم يسمع) دعواه (للتناقض اذ الإقدام على القسمة اعتراف) أي اقرار منه (بكون المقسوم مشتركاً) ودعواه بعد ذلك دعوى بفساد القسمة ، إذ القسمة فيه باطلة متى كانت العين له ، وبين دعوى الفساد والإقرار بالصحة للتناقض فـلا يسمع . وفي الذخيرة أقر رجل أن فلاناً مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يقل لهـم أو لورثته ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث أو ادعى دينا عليه أن يقبل . ولو قال ترك ميراثـاً لورثته بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث أو ديناً عليه أو لهم ، المسألة بحالها لا تقبل ، لأنـه لما قال لهم أو لورثته كان إقرار بأن لا دين عليه ولا حق لغيره ، فبعد ذلك دعوى الوصية أو الدين يتناقض .

وفي الشامل اقتسمت الورثة وأراد فيهم امرأة الميت ثم ادعت بعد القسمـة مهراً على زوجها وإقامة البينة تنقض بالقسمة ، وكذلك الوارث لو ادعى ديناً ، لأن المهر لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها ، فلم يكن بالإقدام على القسمة مقرة بأن لا حق لها .

(فصل في المهايأة)

لما ذكر قسمة الأعيان شرع بقسمة الأعراض وهي لغة مشتقة من الهيئة وهي الحـالة الظاهرة للمتهيء للشيء ، هاهيأها هي مهايأة ، ومنه التهايؤ وهو أن يتواضعوا على أمـر فيتراضوا به وفي الحقيقة أن يتراضوا بهيئة واحدة ، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الآخر ، وقد تبدل الهمزة ألفاً . وفي عرف الفقهاء هي قسم المنافع .

المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه إذ يتعذر الإجتماع على الإنتفاع فأشبه القسمة ،

ومسائل هذا الفصل الخ من المسائل الأصل لم يذكرها محمد في الجامع الصغير ولا القدوري في مختصره ، ولهذا لم يذكرها صاحب الهداية في البداية إنما ذكر هاهنا تكثيراً للفوائد .

(المهايأة جائزة استحساناً) وفي القياس لا يجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها . وقال في شرح الأقطع قال أصحابنا أن المهايأة في المنافع المشتركة عقد جائز واجب إذا طلب أحد الشركاء . وقال الشافعي «رح» لا يجوز . وقال الطحاوي في اختلاف الفقهاء إني طلبت في ذلك قول الشافعي فلم أجد ظاهراً . مذهبه أن الحاكم لا يجوز أن يجبر على المهايأة. وكذا يذكر أصحاب اليوم . وجه استحسان الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ١٥٥ الشعراء ، وهذا هو المهايأة .

والسنة ما روي أن رسول الله ﷺ خرج إلى غزوة بدر مع أصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها فكان يخرج منهم الثلاثة على البعير الواحد التناوب ليس فيهم فارس غير مصعب بن عمير والمقداد بن الأسود . وروي عن عقبة بن عامر الجهني قال كنا نتناوب في إبل الصدقة على عهد رسول الله ﷺ .

والمعقول وهو أن الأعيان خلقت للانتفاع ، فمتى كان الملك مشتركاً فكان حق الانتفاع مشتركاً أيضاً ، والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد، فيحتاج إليها تكميلاً للانتفاع . ثم التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى . وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين كالدار والأرض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة . وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا ينافي القسمة إلا من حيث الزمان .

(للحاجة إليه) أي إلى فعل المهايأة (إذ يتعذر الإجتماع على الإنتفاع فأشبه القسمة) وهذا الوجه المعقول ، وقد بينا . وكلمة إذ للتعليل قوله فأشبه ، أي فعل المهايأة والتهايؤ القسمة فيما تعذر الإنتفاع بالعين جملة فيقسم ينتفع كل منه بنفسه ، فكذلك الإنتفاع بالمنفعة قد يتعذر جملة يستهمون وينتفع كل منهم بنصيبه ، إذ المقصود من الأعيان الإنتفاع بها

ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة . إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب ، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي ، لأنه أبلغ فى التكميل .

(ولهذا) أي ولأجل شبه المهايأة القسمة (يجري فيه) أي في المهايأة تأويل جملة التهايؤ (جبر القاضي كما يجري في القسمة) إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره يجبره القاضي كما يجرى ، أي في القسمة عند اتحاد الجنس .

ثم اختلف العلماء في كيفية جوازها . قال بعضهم إن حرب المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي يعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة . ولو طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر على المهايأة . وعند الشافعي لم يجبر ، وعنه في وجه يجبر وإن حرب في الجنس المختلفة كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه ، حتى لا يجوز من غير رضاهما لما أن المهايأة قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الأعيان وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف . وفي الجنس المتحد إفراز من وجه مبادلة من كل وجه كما بينا فلا ينفرد أحدهما بالقسمة ، ولكن أجبر عليه بطلب أحدهما ، لأن التفاوت يسير ، وكذا في قسمة المنافع . وقيل إن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً يعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه ، لأن المهايأة جائزة في الجنس الواحد . ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد لأنها تكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم النساء والأول أصح .

(إلا أن القسمة أقوى منه) أى من التهايؤ (في استكمال المنفعة لأنه) أي لأن القسمة والتذكير باعتبار القسم (جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب) يعني يقع شيء منها عقيب شيء (ولهذا) أي لكون القسمة أقوى (لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل) أي ولأن القسم أبلغ في تكميل المنفعة لما ذكر أنه جمع المنافع في زمان واحد .

ولو وقعت فيمـــا يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطـل المهايأة لأنـــه أبلـغ ولا يبطل التهايؤ بموت أ دهمـا ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستئنافه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الإستئناف . ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هـــذا طائفة ، وهذا طائفة أو هذا علوها ، وهذا سفلها جائز ، لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ،

(ولو وقعت) أي المهايأة (فيا يحتمل القسمة ثم طلب أحدهـما القسمة يقسم) أي ثم طلب أحد الشريكين القسمة يقسم القاضي (وتبطل المهايأة ، لأنــه) أي لأن القسم (أبلغ) في تكميل المنفعة . وقال في كتاب الصلح من المسائل ولكل واحــد نقض المهايأة بلا عذر إذا لم يرد التعنت ، لأنه بمنزلة العارية وورثتهما بمنزلتهما. وقال في الكفاية طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم وفسخ المهايأة ، لأنه الأصل القسمة .

(ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستئنافه الحاكم) بجواز طلب الورثة المهايأة (ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف) أي فحينئذ فلا فائـــدة في نقض المهايأة ثم إعادتها (ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة) أي ناحية من الدار (وهذا طائفة) أي ناحية أخرى منها (أو هذا علوها وهذا سفلها) أي وهذا يسكن علو الدار وهذا يسكن سفلها (جاز ، لأن القسمة على هذا الوجـــه جائزة ، فكذا المهايأة) يجوز يجبر الممتنع بطلب أحدهم وبه قال الشافعي ومالك ، وسواء فـي ذلك ذكرت المدة أو لا . وفي المبسوط لو انهدم العلو فلصاحبه أن يسكن مـع صاحب السفل ، لأنه إنما رضي بسقوط حقه في السفل بشرط سلامة سكن العلو فلم يسلم ، فكان هو على حقه في السفل وورثته في ذلك بمنزلته .

(والتهايؤ في هذا الوجه) وهو أن يسكن في هـذا جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر في زمان واحد (إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة) يعني جمع القاضي

ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه .
ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز ، وكذا هذا في البيت الصغير ، لأن المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين ها هنا .

بها جمع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت سابعة في ثلثين ، وكذلك في حق الآخر ، وبهذا إيضاح لكونها إفراز لا مبادلة (ولهذا لا يشترط فيه التوقيت) يعني لو كانت مبادلة يشترط فيها بيان المدة لأنها تعتبر حينئذ إجارة ، وهذه الإجارة فاسدة لأنها تكون إجارة السكنى (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة) أي ولكل واحد من المتهايئين أن يأخذ بحدوث المنافع على ملكه ، احترز بهذا القيد عن قول أبي علي الشافعي فإنه قال لو تهايئا بالسكنى ولم يشترط الإجارة لم يملك كل واحد منهما إجارة منزله . وقال شمس الائمة ظاهر المذهب أنه يملك الإجارة (شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) كذا في الذخيرة .

فإن قلت المنافع في العارية يحدث على ملك المستعير ، ومع هذا لا يملك الإجارة . قلت لجواز أن يسترده (لحدوث المنافع على ملكه) المعير قبل مضي المدة فلا فائدة .

(ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً ، وهذا يوماً) أي ويخدم هذا يوماً (جاز) أي التهايؤ . واحترز بالعبد الواحد على التهايؤ على علة العبد الواحد، فإنه لا يجوز بالإتفاق بيانه فيها،ذكر شيخ الإسلام الاسبيجابي في كتاب الصلح من الكافي ، والتهايؤ في خدمة العبد الواحد والعبدين جائزة . وفي الكيسانيات في العبدين ينبغي أن لا يجوز أيضاً هاهنا عند أبي حنيفة اعتباراً برقبتهما .

(وكذا هذا في البيت الصغير ، لان المهايأة قد تكون فى الزمان) بأن يسكن هذا يوماً وهذا يوماً (وقد تكون من حيث المكان) بأن يسكن هذا طائفة وطائفة (والاول متعين هاهنا) معنى التهايؤ فى الزمان متعين فىالبيت الصغير ولم يذكر أن هذا إفراز أو

ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا ، لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لا بد من الإتفاق . فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة ، ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر

مبادلة ، لانه عطفه على صورة الإفراز وكان معلوماً (ولو اختلفافي التهايؤ من حيث الزمان والمكان) بأن يطلب أحدهما التهايؤ من حيث الزمان والآخر من حيث المكان أو من حيث الزمان فقط ، فهو أن يطلب أحدهما أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه بشهر آخر أو من حيث المكان فقط فهو أن يطلب أحدهما أن يسكن فى مقدمها وصاحبه (فى محل يحتملهما) أي يحتمل التهايؤ من حيث الزمان ، والتهايؤ من حيث المكان ، كالدار مثلاً . قيد به إذا كان في محل لا يحتملها كالبيت الصغير مثلا فإنه لا يكون التهايؤ إلا من حيث الزمان فقط .

(يأمرهما القاضي بأن يتفقا ، لان التهايؤ في المكان أعدل) لان كل واحد ينتفع في زمان واحد من غير تقديم لأحدهما على الآخر (وفي الزمان أكمل) لأن كل واحد ينتفع بجميع الدار في نوبته ، وفي المكان ينتفع بالبعض (فلما اختلفت الجهة) وهو الزمان والمكان (لا بد من الإتفاق ، فان اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة) أي لتهمة الميل ، وإنه قيد الإختيار من حيث الزمان ولم يطلق ، لان التسوية في المكان كمكان ممكن في الحال بان يسكن هذا بعضها ويسكن الآخر بعضها . ولو كان المتقدم أحسن وأنفع يمكن أن يجعل في نصيب الآخر من المرافق ما يساوي المقدم ، أما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن فى الحال إلا أن يمضي مدة أحدهما ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة .

(ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد) فهذا العبد فاعل لقوله يخدم فيكون مرفوعاً ، وهذا الاول مفعول فيكون محله النصب (والآخر) بنصب الاول

الآخر جاز عندهما ، لان القسمة على هـــذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي ، فكذا المهايأة . وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي ، وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً ، لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت فاحشاً على ما تقدم . ولو تهايئا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز

ورفع الثاني أي ويخدم الشريك الآخر العبد (الآخر جاز عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد وبه قالت الثلاثة (لان القسمه على هذا الوجـــه جائزة عندهما جبرا من القاضى وبالتراضى ، فكذا المهايأة) أي فكذا بجوز المهايأة وقد مر أنها تجوز أن قسمة الرقيق جبراً ، والمهايأة من أهل القسمة .

(وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي) أي قال بعض المشايخ عنه فكذا على قياس قوله (وهكذا روي عنه) أي كما قال بعض المشايخ روى عنه الخصاف رحمه الله . وقال الأترازي يعني روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أن التهايؤ على خدمة العبدين لا يجوز وظاهر الرواية على خلاف ذلك (لأنه لا يجري فيه الجـبر عنده) لأن الشأن لا يجري في القسم الجبر عند أبي حنيفة (والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) لأن معنى قول أبي حنيفة ، أن الدور لا تقسم أنه لا يفعل القاضي ، فإن فعله جاز،فعلى هذا يجـوز القسمة في الأصول ، فكذا في المهايأة ، وإلى هذا قال الكرخي (لأن المنافع من حيث الخدمـة قلما تتفاوت) لأن الإستخدام مما لا يدوم انه مبنى على المسامحـــة والمساهلة ، فيكون منافع العبد متقاربة .

(بخلاف أعيان الرقيق ، لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقـدم) في القسمة (ولو تهايئا فيهما) أي ولو تها يأ الشريكين في العبدين (على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز

استحساناً للمسامحة في إطعـــام المماليك ، بخلاف شرط الكسوة لأنه لايسامح فيها. ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز ويجبر القاضي عليه . وهذا عندهما ظاهر ، لان الدارين عندهما كدار واحدة . وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر

استحساناً للمسامحة في إطعام المماليك،بخلاف شرط الكسوة ، لأنه لا يسامح فيها) قال في الشامل تهايئا في عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جـــاز استحساناً ، لأنه يستفتح أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره . ولو تهايئا على أن يكون لكل واحد كسوة ما في يده لا يجوز ، لأن كسوتها عليهما ، فيكون كل واحـد مشترياً نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يده فانه مجهول فلا يجوز .

(ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز) بالإتفاق (ويجبر القاضي عليه) أي على التهايؤ في الدارين إذا امتنع أحدهما (أمـــا عندهما فظاهر ، لأن الدارين عندهما كدار واحدة) أى أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر ، لأن قسمة الدارين في هذا المثال تصح ، فكذا التهايؤ . وكذا عند أبي حنيفة ، لأن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة .

(وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة) وهو قول الكرخي ، فإنـه قال لا يجبر عند أبي حنيفة . قال في الفتاوى الصغرى وذكر الكرخي هذا إذا تراضيا عليه ، أمـا عند طلب أحدهما فالقاضي لا يجبر عند أبي حنيفة ، لان عنده قسمة الجبر لا يجري في الدور ، فكذا في القسمة بطريق التهايؤ .

(وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلاً بالجبر) أي من القسمة والتهايـؤ في أكثر النسخ فيه ، أي في سكنى الدارين قوله أصلا ، يعني مطلقاً ، يعنى لا بالجـــبر ولا بالتراضى ، وهذه رواية الكيسانيات . بيانه فيها قال شيخ الإسلام الاسبيجابى في شرح الكافي فكذلك التهـايؤ في الدارين على السكنى إذ العلة جائزة . وذكر في الكيسانيات

لما قلنا، وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى. بخلاف قسمة رقبتها لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز . وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ، ويعتبر إفرازاً اما يكثر التفاوت في أعيانها فاعتبر مبادلة . وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان . وله أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق

عن أبى حنيفة أنه لا يجوز ، لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وقسمة العين في الدارين عنده لا يجوز باعتبار التفاوت، إلا أن ثمة يجوز بالتراضى لانه بملك ينعقد تمليكاً عند ذلك ، وتمليك الدار جائز ، وهذا ينعقد تمليك السكنى بالسكنى وذلك باطل (لما قلنا) أشار به إلى قوله اعتباراً بالقسمة (وبالتراضى) عطف على قوله بالجبر (لانه بيع السكنى بالسكنى) أي لان التهايؤ في الدارين بيع السكنى بالسكنى وذلك باطل .

(بخلاف قسمة رقبتها) أي حيث يجوز قسمة رقبة الدارين (لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز) أي بعض أحد الدارين ببعض الدار الآخر (وجه الظاهر) وهو أن يجبر القاضى عليه عند أبى حنيفة (أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضى ، ويجري فيه جبر القاضى ويعتبر إفرازاً) أي يعتبر التهايؤ هذا إفرازاً أو تمييزاً ، هذا جواب عما روي عن أبى حنيفة أنه لا يجوز (اما يكثر التفاوت في أعيانهما) أى في أعيان الدارين ، وهذا التركيب غير مرض عند النحاة على ما لا يخفى ، ولكن التقدير أما التفاوت فيكثر في الاعيان فافهم (فاعتبر مبادلة) فلا يجري فيها الجبر ، بخلاف الإفراز (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة ، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الاعيان) فكما يجوز قسمة الدواب من جنس واحد رقبة ، فكذا يجوز منفعة .

(وله) أى ولابى حنيفة (أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق)

وأخرق ، والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا . بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فـــلا يتحمل زيادة على طاقتـــه ، والدابة تحملها . وأما التهايؤ في الإستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبـــد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز . وجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الإستيفاء

أى فإن الراكبين بينماهوحاذق بصنعة الركوب (وأخرق) أى وبين أخرق، أى جاهل بها وهو أفعل من خرق يخرق من باب علم يعلم ، ويقال هو من باب فعل يفعل بالضم فيهما ومصدره خرق بفتحتين ، والاخرق ضد الرفيق ، والاخرق الاحمق (والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور، فعنده لايجوز خلافاً لهما (لما قلنا) أشار به إلى قوله أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين .

(بخلاف العبد) أى بخلاف التهايؤ في خدمة العبد حيث يجوز (لانه يخدم باختياره) ويسأله على سمط واحد (فلا يتحمل زيادة على طاقته) أى لان يتكلف زيادة على مايطيقه من العمل والخدمة ، فيتحقق الإعتدال في قسمتها (والدابة تحملها) على صيغة المجهول ، أى يحتمل الزيادة على طاقتها ، يعني تكلف ويسأل عليها بغير ما في طاقتهـــا والناس متفاوتون فلا يتحقق الإعتدال (وأما التهايؤ في الإستغلال) أى طلب الغلة (يجـوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية) لانه في الحقيقة تهايؤ من حيث المنفعة ، لانه لا فرق بين أن يتهايأ سكنى ، ثم يؤاجرها فيأكل غلتها ، وبين أن يتهايأ في الغلة ابتداء .

وذكر محمد في الرقبانيات أنه لا يجوز التهايؤ في الغلة ، لان الغلة إسم للدراهم وهي معدومة الحال، وقسمة المعدوم قبل الوجود لا يجوز إذا كان مما يحتمل القسمة بعد الوجود، بخلاف القسمة في المنفعة ، ولهذا لاتجوز القسمة في غلة واحدة ، كذا في شرح الكافي.

(وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز) بلا خلاف .

(ووجه الفرق) يعني بين جواز التهايؤ في الإستغلال في دار واحدة وعدمـــه في العبد الواحد والدابة الواحدة (أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء) أى نصيبي الشريكين

والاعتدال ثابت في الحال ، والظاهر بقاؤه في العقـــار وتغيره في الحيوانات لتوالي أسباب التغير عليهـا فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبـة أحدهما عليها في نوبـة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل ،

يتعاقبان ، يعني أحدهما يكون عقيب الآخر في استيفاء المنفعة (والإعتدال ثابت فـي الحال) أى في الحال التي عليها الدار أو العبد (والظاهر بقاؤه في العقار) أى بقـــاء الاعتدال في العقار (وتغيره في الحيوانات) أى والظاهر تغير الإعتدال في الحيوانات (لتوالي أسباب التغير عليها)أى على الحيوانات من عروض الآفة والمرض والعجزخصوصاً عند لحوق التعب (فتفوت المعادلة) أى إذا كان كذلك تفوت المعادلة ، لان الإستغلال إنما يكون بالاستعمال ، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول ، لأن القوى الجسمانية متناهية .

(ولو زادت الغلة) يعني في الدار الواحدة (في نوبة أحدهما عليها) أى على الغلة التي يكون (في نوبة الآخر ويشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل) في المهايأة ، لان مبناها على المعادله كما فى القسمة . وفى الذخيرة أغلت إحدى الدارين دون الاخرى ، وليس للذى لم تغل داره أن يشارك الآخر فى الغلة ، لان الذى أغلت إنمـــا أغلت لنفسه دون شريكه ، فلو أجرها بغير إذن شريكه كانت الغلة كذلك منادية له ، ويكون الغلة كائناً له ، لان الإجارة حصلت بإذن الشريك ، وفي الدار الواحدة إذا تهايئـا في الغلة فأغلت في نوبة أحدهما أكثر فالفصل بينهما لأن معنى الإفراز في القسمة في الدارين أرجح على معنى أن كل واحد يصل إلى المنفعة ، والغلةفي الوقت الذى يصل إليه صاحبه مما يستوفيه كل منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه بعقده فيسلم له . وفي الدار الواحدة إذا تهايئا في الاستغلال زماناً فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها ، وذلك لا يكون قضية للقسمة فيجعل كل منهما وكيلاً عن صاحبه فى إجارة نصيب صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما يجعل عوضاً عما يقبضه صاحبه عن قـــديم ملكه استوجبه من عوض

بخلاف مـــا إذا كان التهايؤ على المنافع فاشتغل أحدهما في نوبته زيادة ، لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل ، وهو المنافع فلا تضره زيادة الإستغلال من بعد ، والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية لمـــا بينا ، ولو فضل غلة أحدهمـا لا يشتركان فيـه ، بخلاف الدار الواحدة . والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الإستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول

نصيبه ، والمعاوضة تقتضي المساواة ، فعند التوصل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ، وبه قال الشافعي فى قول .

(بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاشتغل أحدهما فى نوبته زيادة) حيث لا يشتركان فى الزيادة (لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل ، وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد) أى من بعد حصول التعديل فى التهايؤ فى المنافع (والتهايـــؤ على الاستغلال فى الدارين جائز أيضاً فى ظاهر الرواية) احترز بـــه عن رواية الكيسانيات عن أبى حنيفة أنه لا يجوز كما ذكرنا (لما بينا) أشار به إلى قوله والإعتدال ثابت فى الحال . . إلى آخره .

(ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه) أى فى الفاضل فى المسألة المذكورة (بخلاف الدار الواحدة) حيث يشتركان فى الفاضل فى غلة الدار الواحدة (والفرق) يعنى من اشتراكهما فى فضل الغلة فى الدار الواحدة وبين عدم اشتراكهما فى فضل الغلة فى الدارين (أن فى الدارين معنى التميز والافراز راجـــح لاتحاد زمان الاستيفاء) يعنى أن كل واحد منهما يصل إلى المنافع والغلة فى الوقت الذى يصل إليه صاحبه ، فصار كأن على كل واحد إفراز جميع نصيبه من المنافع فى الدار التي هى فى يده ، والغلة التي يأخذها بدل المنافع التي ينشأ من نصيبه فيكون له خاصة ، وإن كثرت فلا يجب رد الزيادة.

(وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول) يعنى يصل أحدهما إلى الغلة قبل صاحبه ،

فاعتبر قرضاً ، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ، فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ، وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافـــع ، ولا يجوز عنده ، لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد ، فأولى أن يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة

وذلك لا يكون إلا من قضية القسمة ، فان كان كذلك (فاعتبر قرضاً) أي اعتبر نصيب صاحبه من الغلة قرضاً ويكون هو مستقرضاً (وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه) يقبض نصيبه من الغلة بطريق القرض لنفسه (فلهذا يرد عليه حصته من الفضل) أي فلأجل كونه كالوكيل يرد على صاحبه حصة من فضل الغلة .

(وكذا يجوز في العبدين عندهما) أي وكذا يجوز التهايؤ في استغلال العبدين عند أبي يوسف ومحمد، وبه قالت الثلاثة (اعتباراً بالتهايؤ في المنافع) أي قياساً على التهايـــؤ في المنافع في العبدين (ولا يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت (من حيث الزمان في العبد الواحد) لأنه قد يكون في عبد واحد كياسة وحداقة يحصل في شهر واحد من الغلة ما لا يحصل الآخر في سنته (فأولى أن يمتنع الجواز) أي جواز استغلال العبدين . تقريره أن التهايؤ في استغلال العبد الواحـــد لا يجوز بالإتفاق ، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز .

فإن قلت معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين ، لأن كل واحد فيهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها في صاحبه ، فكان كالمهايأة في الخدمـــة . قلت التفاوت يمنع رجحان معنى الإفراز ، بخلاف معنى الخدمة لمـــا بينا أن المنافع من حيث الخدمة ، قلما تتفاوت .

(والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة) جواب عن قياس قولهما على المنافع ، تقريره أن المهايأة في الخدمة جوزت ضرورة ، لأن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها على ما يفسرهـــا المصنف عن قريب (ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينـــاً) فيستغلان على

لإمكان قسمتها لكونها عيناً . ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والإستقصاء في الإستغلال فلا يتقاسان . ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما . والوجه ما بيناه في الركوب . ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها

طريق الشركة ثم يقتسمان ماحصل من الغلة . ولقائل أن يقول علل التهايؤ في المنافع بقوله من قبل ، لأن المنافع من حيث الخدمة فلا تتفاوت ، وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص ، وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل ثمة هذا التعليل كان علة جواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً ، لأن كل واحد منهما علة مستقلة .

وقال الكاكي قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة جوامع اشكال يرد عليه قوله ، لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر إلى آخره . فإن قيل لو كان كذلك لما جاز في الاستخدام وحيث يجوز التهايؤ في الاستخدام العبد الواحد بالاتفاق في جميع التفاوت في العبدين على الأصح على ما مر فقال في جوابه ، والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورته إلى آخره . وما ذكرناه أصوب على ما لا يخفى كما ذكره ، كذا المحقق تاج الشريعة ، وتبعه صاحب العناية .

(ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس بيانه أن الظاهر (هو التسامح في الخدمة والاستقصاء) يعني المتضايقة (في الاستغلال فلا يتقاسان) يعني ولا يقاس أحدهما على الآخر (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما) أي لا يجوز التهايؤ على الاستغلال في الدابتين عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ومحمد (والوجه ما بيناه في الركوب) أي الوجه في هذه المسألة ما بيناه في الركوب ، وهو قوله اعتباراً لقسمة الأعيان .

(ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها) أي يأخذ ثمرها نماء في النخل والشجر (أو يرعاها ويشرب ألبانها) في الغنم ونحوها

لا يجوز ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنهـــا لا تبقى ، فيتعذر قسمتها ، وهـــذه أعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها .
والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز ، والله أعلم بالصواب

كالإبل والبقر (لا يجوز ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتهـــا ، وهذه أعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها) فلا يتحقق الفرز ، فلا يجوز .
وإن قيل يشكل بما إذا تهايئا في ألبان جاريتين مشتركتين بينهما على أن ترضع هـــذه ابن هذا ، والأخرى ابن الآخر سنتين حيث لا يجوز ذكره في الذخيرة، مع أن اللبن عين .
وأجيب بأن ألبان بني آدم بمنزلة المنافع ، لأنها لا قيمة لها إلا عند العقد بطريق التبعيـــة فتحقق الضرورة كما في الخدمة . أما ألبان الحيوانات أعيان ولها قيمة بلا عقد ، فلا تجوز المهايأة فيها . وفي الذخيرة أمة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال أحدهما عندك يوماً وعندي يوم . وقال الآخر بل نضعها على يد عدل يجعل عند كل واحد منهما يوماً ولا توضع عند يد عدل ، قال مشايخنا يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع إلا في هذا ، فإنه لا يحتاج لحشمة ملكه .
(والحيلة) هذا قول المصنف أي الحيلة في جواز التهايؤ في الصورة المذكورة (أنـــه يبيع حصته من الآخر) أي يبيع حصته من الشجر أو الغنم من الشريك الآخر (ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته) أي ثم أن يشتري كل الشجر أو الغنم فيجعل لكل واحد منهما ما تناوله لأنه حصل الثمر أو اللبن على ملك المشتري (أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه) من الحليب كل يوم إلى مدة معلومة إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفعه في هذه المدة وبعضه مما اقترضه في المـــدة الماضية ، ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو بكياله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون الربا لأن اللبن يزيد وينقص في المدة و كذا المهايأة .
(إذ قرض المشاع جائز) تعليل الوجه الثاني . وقال في قسم المســـائل في المبسوط

تهايئا في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هـــذا ، والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها لا يجوز ، لأن اللبن بينهما ، والعلف عليهما فيكون كل واحد مشترياً نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه ، واللبن يزيد وينقص والعلف مثله فلا يجوز . وفي الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن يكون عند كل واحــد منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنا،فهذه مهايأه باطلة ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعــلا في حل أن يسلك صاحب الفضل فضله ثم جعله صاحبه في حل فحينئذ يحل ، لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز ، والثاني هبة الدين وإنه يجوز ، وان كان مشاعاً ونقله عـــن قسمة الواقعات (والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب).



كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة .

(كتاب المزارعة)

قال الشراح لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع مايقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها . قلت لما ذكر في القسمة كيفيتها في الأراضي ذكر عقبها ما هو المقصود الأعظم من الأرض وهي المزارعة .

(قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه المزارعة بالثلث والربع باطل) هــذا لفظ القدوري ، وبه قال الشافعي ومالك . وفي الحلية لايجوز المزارعة على بياض أرض الشجر فيها والمزارعة والمخابرة ، وبه قال أبو حنيفة وهو قول مجاهد والنخعي وعكرمة وابن عباس في رواية . ومن أصحابنا من قال المزارعة غير المخابرة ، فالمخابرة أن يكون من رب الأرض ومن الآخر البذر والعمل . والمزارعة أن يكون الأرض والبذر من واحد والعمل من آخر . وفى السنن يجوز المزارعة على الأرض التي بين النخيل المساقاة على النخيل ومزارعة على الأرض . فيكون البذر من صاحب الأرض تبعاً للمساقاة .

وقيل إن كان النخيل قليلا والبياض كثيراً لم يجز . وفى النهاية وكــذا المعاملة لا يجوز عند أبى حنيفة ببعض الخارج ، وعند مالك لا يجوز دفع الأرض مزارعة إلا تبعاً للكروم والاستئجار . وشرط التبعية عنده أن يكون الأصل ضعف التبع لأنــه تحقق التبعية ، كذا فى المختلف . وقال الشافعى يجوز المزارعة تبعاً للمساقاة على الأرض التي بين النخيل ، ولا يجوز مفردة ، ولا يجوز حتى يكون من رب الأرض البذر والعــذر ، ومن المعاملة العمل ، كذا فى شرح الأقطع . وقال الحربى من أصحاب أحمد فى مختصره ويجوز المساقاة فى النخل والكرم والشجر بشىء معلوم يجعل للعامــل من الثمرة . ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم .

ويجوز المزارعة ببعض الخارج من الأرض إن كان البذر من رب الأرض ، انتهى . وإنما قيد بالثلث والربع مع أنها لا تجوز عند أبى حنيفة فى جميع الصور تبركاً بلفظ الحديث ، وإنه جاء فى الحديث نهى عن المخابرة . قيل وما المخابرة قال بالثلث والربع ، وخص بالحديث ذلك المكان فى ذلك الوقت إذ قال ذلك لبيان التقدير إذ تغير بيان التقدير المزارعة فاسدة بالإجماع . وذكر الخصاف فى كتاب الحيل الحيلة فى جواز المزارعة على مذهب أبى حنيفة فقال الحيلة فى جواز المزارعة أن يأخذها مزارعة ثم يتنازعا إلى قاض يرى المزارعة جائزة فيحكم بجوازها عليها فيجوز ذلك إذا قضى قاض عليها بأبعاد هذه المزارعة فيجوز إقرارهما بالمزارعة عليها ، انتهى .

وقال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي ثم الحيلة لأبي حنيفة في جواز المعاملة والمزارعة أن يستأجر العامل بأجرة معلومة إلى مدة ، فإذا انقضت تلك المدة استوجب الأجرة سواء حصل هناك خارج أو لم يحصل ، ثم يتراضيا على بعض الخارج مكان الأجرة فيجوز ذلك ، فكذلك هنا في المزارعة .

(اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع) قد علم أن باب المفاعلة للمشاركة بين اثنين كالمنازعة والمخاصمة . وقال ابن الحاجب وفاعل يشبه أصله إلى أحد أمرين متعلقاً بالآخر للمشاركة صريحاً فيجيء العكس ضمناً نحو ضاربه وشاركه ، فإن ذلك يدل صريحاً على نسبة الضرب إلى نفسك متعلقاً بالآخر ، وضمناً على نسبته إلى الآخر متعلقاً بك ، ولأجل ذلك جاء غير المتعدي إذا نقل ذلك إلى هذا الباب متعدياً نحو لازمة فإن أصله لازم ، وقد تعدى هاهنا .

وقوله من الزرع يسير به إلى ثلاثية زرع يزرع زرعاً ، يقال زرع أهله الحب إن أنبته ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿ أفرأيتم ما تحرثون ، ءأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون ﴾ ٦٣ الواقعة ، وقولهم زرع الزراع الأرض بمعنى حرثها ، وذلك أن يسندها للزراعة من إسناد الفعل إلى السبب فجاز ، والزرع مما يستنبط بالبذر . والمزارعة مفاعلة منه وهي معاقدة بين اثنين ، وذلك أن يدفع الارض إلى من يزرعها على أن الخارج منها بينهما على

وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة « رح » . وقالا جائزة لما روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ،

ما شرطا ، وكذا معناها الشرعي ، أشار إليه بقوله :

(وفي الشريعة هى عقد على الزرع ببعض الخارج) يعني هي عقد على الزراعة ببعض ما يخرج من الارض نحو الثلث والربع (وهي فاسدة عند أبي حنيفة) أي الزراعة فاسدة عنده وقد ذكرناه .

(وقالا جائزة) أي قال أبو يوسف ومحمد جائزة ، وبه قال أحمد إذا كان البذر من صاحب الارض وكثير من أهل العلم ، وهو قول علي وسعد بن مسعود . وقال أبو بكر وعلي وعمر بن عبد العزيز وإبن سيرين وإبن المسيب وطاووس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه محمد ومعاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد رضي الله تعالى عنهم (لما روي أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع . وفي لفظ لما فتحت خيبر سأل اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع ، فقال رسول الله ﷺ نقركم فيها على ذلك ما شئنا ، ذكره البخاري في مواضع من كتابه ومسلم وأبو داود في البيوع والترمذي وإبن ماجة في الاحكام .

وقال البخاري في الصحيح قال قيس بن مسلم على أبي جعفر قال ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وبالزرع قال علي وسعيد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين . وقال عبد الرحمن بن الاسود كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع . وعامل عمر الناس على أن من جاء بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم هكذا ، وقال الحسن لا بأس أن تكون الارض لاحدهما فيقمان جميعاً في خراج فهو بينهما ، وروي ذلك

ولأنه عقد شركة بين المـــال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة ، والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوى عليه لا يجد المال ، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما ، بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد

عن الزهري ، وقال الحسن لا بأس أن يعطى القطن على النصف .

وقال ابراهيم وابن سيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة لا بأس بأن يعطى بالثلث والربع ونحوه حدثني ابراهيم بن المنذر وقال حدثنا أنس بن عياض عن عبيد الله بن نافع أن عبد الله بن عمر أخبره أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج فيهـا من زرع أو ثمر ، وكان يعطي أزواجه مائـــة وسق ثمانون وسق وعشرون وسق شعير ، إلى هنا لفظ البخاري .

وقال أيضاً فيه حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال عمرو قلت لطاووس لو تركت المخابرة فانهم يرون أن النبي ﷺ نهى عنه ، قال أبو عمر وفاه في أعظمهم وأعينهـم فان أعلمهم أخبرني ، يعني إبن عباس ، أن النبي ﷺ لم ينـه عن ذلك ، ولكن قال أن يمسح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ خرجاً معلوماً .

(ولانه) أي ولان عقد المزارعة (عقد شركة بين المال والعمل فيجـــوز اعتباراً بالمضاربة) فإنها أيضاً عقد شركة بين المال والعمل من المضارب (والجامع) أي وجـــه القياس على المضارب (دفع الحاجة ، فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل) أي إلى عمـل المزارعة فعدم يدريه بذلك (والقوى عليه) بالنصب ، أي وأن القوي على العمل ، أي عمل المزارعة (لا يجد المال) لفقره وعدم إعطاء الناس له (فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما) أي إذا كان الأمر كذلك فقد دعت الضرورة إلى جواز انعقاد عقد المزارعة بين صاحب المال العاجز عن العمل والفقير القادر على العمل .

(بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد) من حيث لا يجـوز ، وانتصاب معاملة على الحال من الرفع ، وأراد بالزوائـــد الأولاد في الغنم ، والأفراخ في

لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ،

الدجاج ، والإبريسم في دود القز . وفي العباب القز من الإبريسم معرب، لأنه قال الكاكي الزوائد على تأويل الزائد . قلت لا حاجة إلى هذا النفي ، بل الضمير فيه للشأن (لأنه) أي لأن الشأن (لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) أي في تحصيل الزوائد، أي لا أثر لعمل الراعي والحافظ في حضور تلك الزوائد ، وإنما هي تحصل بالسقي والرعي ، والحيوان يباشرها باختياره فيضاف ، لأنه فعل فاعل مختار ، ولا يضاف إلى غيره (فلم يتحقق شركة) أي إذا كان كذلك فلا تتحقق الشركة بين الرافع والمرفوع ، فلا يجوز . بخلاف المضاربة ، لأن للعمل أثر في الربح فلا يحصل بالضرب في الأرض .

(وله) أي لأبي حنيفة (ما روي أنه ﷺ نهى عن المخابرة وهي المزارعة) هذا الحديث رواه جابر ورافع بن خديج وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم . أما حديث جابر فأخرجه مسلم عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة . قال عطاء فسرها لنا جابر قال ما المخابرة قال الأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها، ثم يأخذ من الثمر والمحاقلة بيع الزرع القائم بالحب كيلا ، والمزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا . واخرجه الطحاوي أيضاً وقال حدثنا فهذا قال حدثنا ابن أبي مريم حدثنا محمد بن مسلم الطائفي أخبرني ابراهيم بن ميسرة أخبرني عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة والمزابنة والمحاقلة ، والمخابرة على الثلث والربع والنصف. والمزابنة بيع الرطب في رؤوس النخل بالثمر وبيع العنب في الشجر بالزبيب. والمحاقلة بيع الزرع قائماً على أصوله بالطعام، كذا فسره الطحاوي .

وفي الفائق المخابرة هي المزارعة على الحرة وهي النصف ، وقال أبو عبيد في غريب الحديث المخابرة هي المضاربة بالنصف والثلث والربع وأقل من ذلك وأكثر وهو الخبر أيضاً . ثم قال وكان أبو عبيد يقول إنما سمي الأكار الخبير لأنه جابر الأرض ، والمؤاكدة وهي المخابرة ، وقال ولهذا سمي الأكار ، لأنه لو أكر . وقال في مختصر الأسرار قال ابن

ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله ، فيكون في معنى قفيز الطحان . ولأن الأجر مجهول أو معدوم ، وكل ذلك مفسد ، ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح ، وهو جائز

الأعرابي المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله ﷺ أهل خيبر ثم صارت لغة مستعملة .

وأما حديث رافع بن خديج فأخرجه مسلم أيضاً عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً ، حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عنه فتركناه .

وأما حديث زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فأخرجه أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا عمر بن أيوب عن جعفر بن يرقان عن ثابت بن حجاج عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت وأما المخابرة فهي أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع ، رواه أبو داود في سننه .

(ولأنه) أي ولأن عقد المزارعة (استئجار ببعض ما يخرج من عمله) بدليل أنه لا يصح بدون ذكر المدة ، وذلك من خصائص الإجارة (فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى ﷺ عن قفيز الطحان ، وقد مر تحقيقه في كتاب الإجارة. وصورته أن يستأجر رجلاً ليطحن له كراً من حنطة بقفيز من دقيقها .

(ولأن الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج لعدم العلم بأن الثلث أو الربع يتقدر من الاقفزة عشرة أو أقل أو أكثر (أو معدوم) على تقدير أن لا يخرج من الارض شيء أو أصابته آفة (وكل مفسد) أي كل واحد من العلتين مفسد للإجارة (ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز)هذا جواب عما استدلا به من حديث خيبر ، وتقريره أنها لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة ، بل كانت بطريق الخراج على وجه المن عليهم والصلح ، لان النبي ﷺ ملكها غنيمة ، فلو كان أخذها كلها جاز وتركها في أيديهم بشرط ما يخرج منها فضلاً ، وكان ذلك خراج مقاسمة، وهو

جائز كخراج التوظيف ولا نزاع فيه ، وإنما النزاع في جواز المزارعة والمعاملة وخراج المقاسمة أن يوطن الإمام في الخارج شيئاً مقدار عشراً أو ثلثاً أو ربعاً ويشترك الاراضي على ملكهم مناً عليهم ، فان لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء عليهم ، وهذا تأويل صحيح لم ينقل عن أحد من الرواة أنه يضرب في رقابهم أو رقاب أولادهم .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ، ومما يدل على أن ما شرط من نصف التمر والزرع،وكان على وجه الجزية أنه لم يرد في شيء من الاخبار أن النبي ﷺ أخذ منهم الجزية إلى أن مات ولا أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما إلا بأن أخذاهم ولو لم يكن ذلك الاخذ حين نزلت آية الجزية والخراج الموظف أن يجعل الإمام في ذمتهم بمقابلة الاراضي شيئاً من كل جريب يصلح للزراعة صاعاً ودرهماً على ما عرف في كتاب السير .

فإن قلت روي أن رسول الله ﷺ قسم أراضي خيبر على ستة وثلاثين سهماً ، وهذا يدل على إنها ما كانت خراج مقاسمة . قلت إنه يجوز أنه ﷺ قسم خراج الارض بأن جعل خراج هذه الارض لفلان، وخراج هذه لفلان . قلت روي أن عمر رضي الله تعالى عنه أجلى أهل خيبر ولم يعطهم قسمة الارض ، فيدل ذلك على عدم الملك . قلت أجاز أنه ما أعطاهم زمان الإجلاء ، وأعطاهم بعد ذلك .

فإن قلت قال ابن قدامة في المغني أحاديث رافع مضطربة تارة يحدث عن بعض عمومته ، ومرة عن سماعة ، وتارة يقول بقوله أخبرني عماد ، فإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب طرحها ، ويعمل بالحديث الوارد في شأن خيبر ، ولان حديثه فسر بما لا يختلف في فساده ، فأنه قال كنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه،فربما خرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا ، متفق عليه ، وفي لفظه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل ولا تعارض.ولان خبره ورد في الكرى بالثلث أو بالربع والنزاع في المزارعة وحديثه الذي فيه المزارعة يحيل على الكرى أيضاً ، لأن قضية واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسيره بما يوافق الآخر .

وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض كربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله ، لأنه في معنى إجارة فاسدة ،

ولانه لو صح خبره وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ . وحديث خيبر منسوخ القول نسخه لانه عمل به الخلفاء الراشدون رضى الله تعالى عنهم بعد النبي ﷺ ولا نسخ بعده .

وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة يجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع ، فإنه روى حديث خيبر عنه فيجب الجمع بين حديثه ، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة بخيبر . وكذا القول في حديث زيد بن ثابت . ولو قال أصحاب الشافعي يحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخل ، وأحاديث النبي على الارض البيضاء جمعاً بينهما . قلنا هذا بعيد ، لان خراج خيبر أربعون ألف وسق فينبغي أن يكون بلدة كبيرة ، والرواة رووا القصة على العموم من غير تفصيل ، ولان ما ذكره يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما .

قلت ما ذكره غير مسلم لما ذكرنا أن حديث خيبر لا يدل على جواز عقد المزارعة ، وذلك بطريق الجزية أو خراج المقاسمة . وقوله أن حديث رافع مضطرب غير قوي ، لان الحديث بالإضطراب في ألفاظه يقول مرة كذا ومرة كذا لا يرد . وما قال من النسخ غير صحيح ، لان النسخ نقيض المعارضة . وحديث خيبر لا يدل على المزارعة ، فكيف التعارض . وقوله خارج عن محل الخلاف غير صحيح ، لان الخلاف في النهي لا في الكرى ... شيء معلوم . وفي الجملة جواب كلامه أن حديث خيبر لا يدل على جواز المزارعة لما ذكرنا ، وإنما أوله أصحاب الشافعي على تقدير التسليم لما أن النهي جاء في المزارعة بلفظها صريحاً .

(وإذا فسدت عنده) أي إذا فسد عقد المزارعة عند أبي حنيفة (فإن سقى الارض كربها) هذا بيان حكم الفساد فكذلك ذكره بالفاء ، يقال كرب الارض إذا قلبها للحرث والمصدر كرب بالكسر (ولم يخرج شيء فله أجر مثله ، لانه في معنى إجارة فاسدة) أي لان عقد المزارعة ، وفي شرح الطحاوي فلما لم يخرج عنده كان الخراج كله لصاحب البذر ، فإن كان

وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض ، والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، وللآخر الأجر كما فصلنا ، إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بهـا . والقياس يترك بالتعامل كما في الإستصناع

البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ، ويطيب له ويتصدق به ، لان ذلك كله إنما ملك ويجب عليه أجر مثل المزارع ، أشار إليه بقوله (وهذا) أي الحكم المذكور (إذا كان البذر من قبل صاحب الارض) .

(وإن كان البذر من قبله) أي من قبل المزارع (فعليه) أي على المزارع (أجر مثل الأرض ، والخارج في الوجهين) يعني في الوجه الذي كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وفي الوجه الثاني كانت من قبل الزراع (لصاحب البذر لأنه نماء ملكه) أي ملك صاحب البذر (وللآخر الأجر) أي أجر المثل ، والآخر هو رب الأرض أو المزارع (كما فصلنا) أشار به إلى قوله إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ... الخ ، وأما قولهما فإن حصل شيء من الخارج يكون بينهما على الشرط ، وإن لم يحصل فلا شيء على رب الأرض وعلى المزارع ، ولا يلزم مـا لو غصب البذر يكون بينهما على الشرط ، وزرع الخارج للزراع لا لصاحب البذر ، لأنه نماء ملكه ، لأن الغاصب هنا عامل لنفسه باحتكاره وكسبه ، فإضافة الحارث وهو الخارج إلى عمله أولى . أما هاهنا فالعامل عامل لغيره بأمـره ، فيجعل العمل مضافاً إلى الأمر ، فبقي البذر أصلا . وكما لو وقـع البذر بنفسه ونبت كذا في الإيضاح .

(إلا أن الفتوى على قولهما) أي لكن الفتوى على قولهما أي أبو يوسف ومحمد (لحاجة الناس إليهما) أي إلى المزارعة (ولظهور تعامل الامة بها) أي بالمزارعة من لدن زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير (والقياس يترك بالتعامل) أي بتعامل الناس (كما في الاستصناع) أي كما ترك القياس في الاستصناع لتعامل الناس به .

ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزهـــا شروط ، أحدها : كون الأرض صالحة للزراعة ، لأن المقصود لا يحصل دونه. والثاني : أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقـــد ، وهو لا يختص لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل . والثالث : بيان المدة ، لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل ، والمدة هي المعيار لها لتعلم بها .

فإن قلت إنما يترك القياس بالتعامل إذا لم يكن في المسألة اختلاف في الصدر الاول ، وها هنا قد اختلف الصحابة رضي الله تعالى عنهم . قلت الاصح إنعقاد الإجماع مع سبق الإختلاف ، فكان جريان التعامل بعد ذلك إجماعاً على جوازه . وأيضاً إن الإختلاف ما كان لاجل فساد المزارعة .وقدروي عن الطحاوي عن زيد بن ثابت أنه قال يغفر الله لرافـع ابن خديج أنا والله أعلم بالحديث منه . وإنما جاء رجلان من الانصار إلى النبي ﷺ قـد اختلفا ، فقال ﷺ إن كان هذا شأنكم فلا تكروا الارض ، فعلم أن الكراهية لنفي الشر بينهم ، وكان الطحاوي يرجح قولهما ، وكذا أكثر أصحاب الحديث .

(ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط ، أحدها : كون الارض صالحـــة للزراعة ، لان المقصود) وهو الإنتفاع (لا يحصل بدونه) أي دون كون الارض صالحة.

(والثاني :) أي والشرط الثاني (أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد) بأن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على التصرفات (وهو) أي هذا الشرط (لا يختص بـه) أي بعقد المزارعة وحدها (لان عقداً ما لا يصح إلا من الاهل) أي لان أي عقـد كان لا يصح إلا ممن يكون أهلا .

(والثالث :) أي والشرط الثالث (بيان المدة ، لأنه عقـد على منافع الارض) إن كان ، ثم إنه ذكر بيان البذر من جانب العامل (أو منافع العامل) إن كان البذر مـن جانب الارض (والمدة هي المعيار لها) أي للمنافع (لتعلم بها) المدة مطلقـــاً ، ولم يبين مقداره . ولا شك أن المدة القليلة التي لا تصلح للزراعة لا تصلح لعدم الفائدة ولا مـــدة طويلة يقسمان إليها كانت بمنزلة التأبيد ، فلا يصح أيضاً ، ولا بد من ذكر مقدار المـدة .

والرابع : بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

وفي الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة ، يقول إلى سنة أو سنتين وما أشبه . ولو بين مدة لا يدرك الزرع فيها تفسد المزارعة . وكذا لو بين مدة لا يعيش أحدهما إليها غالباً تفسد أيضاً .

وذكر أبو علي النسفي أن مشايخنا قالوا في الإجارة الرسمية التي تعقد إلى ثلاثين سنة إن كان يتوهم حياة العاقدين إليها غالباً بأن كانا كبيرين أو أحدهما لم تجز ، لأن الغالب كالمتيقن كما في المفقود يحكم بموت أقرانه بحسب الغالب وإن كان في قدرة الله سبحانه وتعالى أن يعيش إلى آخر الدهر . وقال الخصاف وبعض المشايخ أجاز ذلك كما في النكاح إذا بنى مدة سنة ، ولا يصح ذلك في ظاهر الرواية ، ويجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت . وعن محمد ابن سلمة أن المزارعة تصح بلا بيان المدة ، ويقع على زرع واحد ، واختاره أبو الليث ، وبه قال أبو ثور . وعن أحمد لا يجوز بلا بيان المدة ، لأنها عقد جائز غير لازم . وعند أكثر الفقهاء لازم .

وفي النوازل سئل أبو نصر محمد بن سلام عن رجل دفع أرضاً مزارعة ولم يعين لها وقتاً ، قال على مذهب علمائنا الكوفيين المزارعة فاسدة . وفي قول محمد بن سلمة الإجارة جائزة ، وهو على أول السنه . قال الفقيه وبه نأخذ ، وإنما قال على مذهب علمائنا الكوفيين لأن وقت المزارعة عندهم متفاوت ، فابتداؤه وانتهاؤه مجهول وقت العامل وأجاز المعاملة على أول سنة ، ولم تجز المزارعة . فأما في بلادنا فوقت المزارعة معلوم ، فيجوز وإن لم يوقت كما يجوز المعاملة ، إلى هنا لفظ النوازل .

(والرابع) أي والشرط الرابع (بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة)لأن المعقود عليه يختلف باختلافه (وإعلاماً للمعقود عليه) لأن جهالته تفضي إلى المنازعة (وهو) أي المعقود عليه (منافع الأرض أو منافع العامل) أي إن كان البذر من قبل صاحب الأرض، ففي الأول العامل مستأجر للأرض ، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل ، فلا بد من بيان ذلك بالإعلام . وهذا إذا لم يذكر لفظاً يدل على أن البذر من قبل من هو . أما إذا

والخامس : بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لانه يستحقه عوضاً بالشرط ، فلا بد أن يكون معلوماً ، ومـــا لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد . والسادس : أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية .

ذكر لفظاً يدل عليه فذلك يكفي ذكر إبن رستم عـن محمد من قال لغيره أجرتك أرضي هذه السنة بالنصف ، أو قال بالثلث جـــاز والبذر على المزارع ، لأن الأجرة تكون على المزارع المستأجر ، فهذا بيان أن البذر على المزارع .

ولو قال أجرتك لتزرع أرضي هذه بالثلث جاز والبذر على رب الأرض . وأمـا إذا قال دفعت أرضي إليك مزارعة بالثلث لا يجوز ، إذ ليس فيـه بيان من عليه البذر عن بعض مشايخ بلخ ، بيان من عليه البذر . وإنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر لا يشترط . بيانه أن البذر على من ، أما إذا كان المعرف مشتركاً أو في موضع فيـــه عرف ظاهر لا يشترط بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، كذا في الذخيرة.وعند أحمد والشافعي إذا كان البذر من رب الأرض تصح المزارعة ، وإن كان من جهـة العامل تفسد ولا يحتاج لصحته إلى بيان من عليه البذر . وعن أحمد يجوز أن يكون البذر منهما، وبه قال أبو يوسف ومحمد وطائفة من أهل الحديث رحمهم الله . وفي المغني لإبن قدامة هو الصحيح،لأنه ﷺ عامل أهل خيبر على أن يعملوها من أقواتهم ، فظاهره أن البذر من أهـــل خيبر ، والأصل المعول عليه في صحة المزارعة هذا الحديث .

(والخامس :) أي والشرط الخامس (بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لأنه يستحقه عوضاً بالشرط، فلا بد أن يكون معلوماً ، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد) أي والذي لا شيء لا يستحق حال كونه شرطاً بالعقد .

(والسادس :) أي والشرط السادس (أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل ، حتى إذاشرط عمله مع العامل[1] الارض يفسد العقد لفوات التخلية) وهذا ظاهر ، وكذا يشترط

---

(١) حتى لو شرط عمل رب الأرض — هامش .

والسابع : الشركة في الخارج بعـــد حصوله ، لأنه ينعقد شركة في الإنتهاء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد . والثامن : بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً . قال وهي عندهما

أن يخلي رب النخيل بينه وبين العامل ، حتى إذا شرط عمله مع العامل لا يجوز .

(والسابع :) أي والشرط السابع (الشركة في الخارج بعد حصوله لأنـــه ينعقد شركة في الانتهاء) المراد منه أن يشترط العاقدان زمان العقد أن يكون جميع الخـارج بينهما إذا حصل ، وليس المراد منه حصول حقيقة الشركة في الخارج حين العقـــد ، لان ذلك لا يكون إلا بعد الخروج ، فلا يكون شرطاً ، لان شرط الشيء لا بـد أن يكون سابقاً عليه لتوقفه عليه لا متأخراً (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لانـه إذا شرط بها ما يقطع الشركة في الخارج يبقى إجارة محضة ، والقياس بأن الجواب الإجارة المحضة بأجر معلوم . وعن هذا قلنا إذا شرط صاحب البذر أن يرفع بذره من الخارج ، والباقي بينهما تفسد المزارعة بلا خلاف . وشرط صاحب البذر قدر العشر من الخـــارج والباقي بينهما تصـــح المزارعة ، لان هـــذا الشرط لا يقطـــع الشركة في الخارج ، وإن قد يكون له عشر وهو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يصل إليه أن يشترط قدر البذر باسم العشرأو الثلث أو ما أشبة ذلك ، والباقي بينهما .

(والثامن :) أي والشرط الثامن (بيان جنس البذر ليصير الأجر معلومـــاً) قال شيخ الإسلام هذا قياس . وفي الإستحسان ليس بشرط ، وفوض الامر إلى المزارع، وقال في موضع آخر بيان جنس البذر شرط من غير ذكر قياس واستحسان ، وهذا أقرب إلى الصواب ، إلا إذا أعم بأن قال ما بذلك مكان البذر من جهة العادل . أو قال ما بدا لي وكان البذر من رب الارض وإن لم يكن شيء من ذلك فسدت المزارعة . ولو زرعها مع الفساد ينقلب العقد جائزاً ، لان جنس البذر صار معلوماً ، كذا في الذخـــيرة . وقوله ليصير الاجر معلوماً لان الاجر بعض الخارج ، واعلام جنس البذر شرط .

(قال) أي القدوري في مختصره (وهي عندهما) أي المزارعة عند أبي يوسف ومحمد

على أربعة أوجه، إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة، لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط، وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت، لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج، فيجوز، كما إذا استأجرها بدراهم معلومة.

«رح» (على أربعة أوجه إن كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) هذا الإنحصار على رواية القدوري وهو بالإستقراء، لان قيام المزارعة على أربعة أشياء وهي الارض والبذر والبقر والعمل وهو أمر محسوس، ويعلم منه وجه الإنحصار. وأما إذا كانت الارض مشتركة أو البذر أو البقر مشتركاً بينهما، فوجوههما كثيرة على ما بينهما إن شاء الله تعالى الاول من الاربعة أن تكون الارض والبذر الواحد والبقر والعمل الآخر جازت (لان البقر آلة العمل) وصاحب الارض مستأجر للعامل والبقر آلة له، فيكون تبعاً فلا يكون الآخر بمقابلة البقر.

فإن قلت أما قوله وهي عندهما على أربعة أوجه إن كان بيان الزراعة الصحيحة فلا يقسم، لانها على ثلاثة أوجه، وإن كان بيان المزارعة الفاسدة فلا يستقيم أيضاً. قلت المراد المزارعة المستعملة بين الناس وهي أربعة أوجه.

(فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط) أي صار حكم هذا الوجه كحكم من استأجر رجلاً خياطاً ليخيط ثوبه بإبرة الخياط، لان الإبرة آلة للعمل، وكذا إذا استأجر صباغاً لصبغ الثوب بصبغ نفسه

(وإن كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) أي المزارعة، هذا هو الوجه الثاني (لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز) أي لان هذا الوجه استئجار الارض ببعض معلوم، لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج (كما إذا استأجرها بدراهم معلومة) أو دنانير معلومة صحت، فكذا إذا استأجرها بجزء مسمى من الخارج.

وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد ، والعمل من الآخر جازت ، لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر ، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته ، أو طياناً ليطين بمرة وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة ، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجوز أيضاً ، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز . فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها

(وإن كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت) أي المزارعة ، وهذا هو الوجه الثالث (لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر) أي لان صاحب البذر والبقر والارض استأجر الآخر بآلة نفسه (فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته) أي بإبرة صاحب الثوب (أو طياناً ليطين بمرة) أي إذا استأجر طياناً المستأجر وهو بفتح الميم وتشديد الراء المهملة وهو المسحاةويسمىبالفارسية بيل بكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف في آخره لام .

(وإن كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) أي المزارعة باطلة ، وهذا هو الوجه الرابع (وهذا الذي ذكره) أى القدوري (ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز) أي على صاحب الارض (فكذا إذا شرط وحده) أى فكذا يجوز إذا شرط أن يكون البقر بدون البذر عليه (فصار كجانب العامل) إذا شرط البقرعلى العامل،أراد أن البقر تبع الارض في هذه الصورة كما هي تبع للعامل إذا كانت من جانبه .

(وجه الظاهر) أى ظاهر الرواية (أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض، لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل

يحصل بها النماء ، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا ، فتعذر أن تجعل تابعة لهـــا . بخلاف جانب العامل ، لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل .

ذلك بخلق الله سبحانه وتعالى) رد على المعتزلة وتبنيه على أنه من أهل السنة ، فإن عند المعتزلة الافعال الاختيارية من الحيوان منه لا من الله سبحانه وتعالى وإلا هذا الكلام في هذا المقام مستغن عنه .

فإن قلت هل كان فيه توهم حتى ينبه أنه من أهل السنة . قلت لانه لما أضاف منفعة الارض إلى قوة طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك (فلم يتجانسا) أى منفعة الأرض ومنفعة البقر لانها مختلفان (فتعذر أن تجعل تابعة لها) أى إذا كان كذلك تعذر جعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض ، فلما لم يجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر مقصوداً في الزراعة ، وهذا لا يجوز كما لو كان من أحدهما البقر وحده ، والبـــاقي من الآخر حيث لا يجوز بالإتفاق .

(بخلاف جانب العمل) جواب عن قوله كجانب العمل ، يعني القياس فاسد (لانـــه تجانست المنفعتان) أى منفعة البقر ومنفعة العامل (فجعلت تابعة) أى فجعلت منفعة البقر تابعة (لمنفعة العامل) لان البقر آلة العمل وهي من جنس عمل العامـــل ، وتحقيق هذا البذر إذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهـــا ، فكان الاستئجار للعامل . وأما إذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه . وكذا في جانب الآخر. فكان في كل من الجانبين معاوضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغـــيره ، فكان باطلا . ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل متعرض عليه دون الاخرى ، فكان أرجح ويلزم الجواز .

واعلم أن مبتنى جواز هذه المسائل فسادها على أن المزارعـــة تنعقد إجارة وتتم مشتركـــة ، وانعقادها إجارة إذ هـــو على منفعة الارض أو منفعـــة البقر والبذر ، لانـــه استئجار ببعض الخـــارج والقيـــاس يقتضي أن لا يجـــوز في الأرض والعامـــل أيضاً ، ولكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس ، إنمـــا ورد

النص فيهما دون البذر والبقر . أما في الأرض فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما مضى ذكره وتعامل الناس،فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجراً للارض ببعض الخارج . وأما في العامل ففعل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر التعامل ، فإنهم كانوا يشترون البذر على رب الأرض، فكان حينئذ مستأجراً للعامل لذلك،فاقتصرنا على الجواز بالقبض فيهما وهي غير ما على أصل القياس ، وكلما كان في صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض ، والعامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، ولكن المنظور فيه وهو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر ، وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين ، أو كانت الشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين،ولكن المنظور إلى ذلك والضابط في معرفة التجانس فانهم من كلامه وهو أن ما يبذر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس ، وما صدر عن غيرهما فهو جنس آخر ، وقد بينا لك هذا في أثناء حل الكتاب ، ونعيده لزيادة التوضيح .

أما الوجه الأول : فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس ، والمنظور إليه استئجار يجعل كأن العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل .

والوجه الثاني والثالث : مما فيه استئجار الارض والعامل أدى الوجه أمر رابع على ظاهر الرواية باطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تبعا للآخر بخلاف المتجانسين فالاشرف أو الاصل يجوز أن تسع الأخ والفرع . وأما الانواع المتفرقة من الانواع الاربعة فمثل أن يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر فهذه المزارعة فاسدة لانه يصير مستأجراً للارض والبقر والعامل جميعاً بالبذر ولم يرد الشرع به .

قال فخر الدين قاضي خان في الجامع الصغير وعن أبي يوسف أنه لا يجوز ، لانه استئجار للعامل والارض ببعض الخارج ، وكل واحد منهما جائز عند الإنفراد ، فكذا

وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما ، أحدهما : أن يكون البـــذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر ، وإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل

عند الإجتماع. وكذلك إذا كان البقر وحده من أحدهما والباقي من الآخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه جوز ذلك ، كذا في تجريد المحيط ، وكذلك إذا كان البقر والبذر من أحدهما والارض والعمل من الآخر فالمزارعة فاسدة ، لان الشرع لم يرد به . وفي الخارج اختلاف الرواية في الوجهين في رواية لصاحب البقر والبذر كسائر المزروعات الفاسدة . وفي رواية يكون لصاحب الارض ويكون ذلك قرضاً ، وكذلك لو اشترك أربعة من أحدهم البذر ، ومن الآخر العمل ، ومن الآخر البقر ، ومن الآخر الارض فالمزارعة فاسدة .

وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد قال اشترك أربعة نفر على عهد رسول الله ﷺ فقال واحد ، من عندي البذر ، وقال الآخر من عندي العمل ، قال فألقى رسول الله ﷺ صاحب الارض وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم ، والحق الزرع كله لصاحب الارض انتهى . والفدان بالتشديد والتخفيف إسم للثورين اللذين يحرث بهـما . قوله ألقى صاحب الارض ، يعني لم يجعل له شيئاً من الخارج ، لانه لا يستوجب مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً،لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل.

(وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما) أي وجهان آخران باطلان لم يذكرهما القدوري (أحدهما) أي أحد الوجهين (أن يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر ، وإنه) أي وإن هذا الوجه (لا يجوز ، لانه يتم الشركة بين البذر والعمل) لان صاحب البذر مستأجر ، والمستأجر للأرض ، والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية هاهنا ، لان الارض تكون في يد العامل . وبقي اشكال في أنه أوجب لصاحب

ولم يرد به الشرع . والثاني : أن يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضاً ، لأنه لا يجوز عند الإنفراد، فكذا عند الإجتماع ، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزروعات الفاسدة ، وفي رواية لصاحب الأرض يصير مستقرضاً للبذر قابضاً له باتصاله بأرضه. قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا ، وأن يكون الخارج شائعاً بينهما

الارض أجر مثل أرضه ولم يسلم الارض ، فكيف يستوجب أجر المثل . والجواب أن منفعة الارض صارت مسلمة إلى صاحب البذر ولسلامة الخارج له حكماً ، وكذلك إن لم يخرج الارض شيئاً ، لان عمل العامل بأمر في القابلان كعمله بنفسه . فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين (ولم يرد به الشرع) فلا يجوز ، أي لم يرد الشرع بهذا الوجه فلا يجوز .

(والثاني) أي الوجه الثاني (أن يجمع بين البذر والبقر) بأن يكون البذر والبقر من أحدهما والعمل من الآخر (وأنه) أي وإن هذا الوجه (لا يجوز أيضاً لأنه لا يجوز عند الإنفراد) يعني إذا كان البذر وحده من جانب وإذا كان البقر وحدهما من جانب (فكذا عند الإجتماع) أي فكذا لا يجوز إذا كان البذر والبقر جميعاً من جانب (والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزروعات الفاسدة) ذكرها الصدر الشهيد في المزارعة مقدار بذره ومقدار ماغرم من أجر العامل والأرض ويتصدق بالفضل.

(وفي رواية) ذكرها الصدر الشهيد أيضاً فيها (لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً البذر ، قابضاً له باتصاله بأرضه) أي يصير صاحب الأرض مستقرضاً للبذر ، وهذا في الحقيقة جواب إشكال ، وهو أن القرض يشترط فيه القبض ولا قبض هاهنا ، فأجاب بأن إتصال البذر بأرضه كالقبض .

(قال) أي القدوري (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا) أشار بقوله إلى قوله في شرط المزارعة ، والثالث بيان المدة (وأن يكون الخارج بينهما شائعاً) أي

تحقيقـــاً لمعنى الشراكة ، فإن شرطاً لأحدهما قفزاناً مسماة فهي باطلة ، لأن به تنقطع الشركة ، لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر ، وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة ، وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر . وصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما ،

ولا تصح أيضاً ، إلا أن تكون الخارج بينهما شائعاً (تحقيقاً لمعنى الشركة) ولا خـلاف فيه ، الثالثة (فإن شرطا لأحدهما قفزاناً مسماة فهي باطلة لأن به) أي بهـــذا الشرط (تنقطع الشركة ، لأن الأرض عساها لا تخرج إلا بهذا القدر) أي القدر الذي استثبناه أحدهما، وعسى ها هنا بمعنى لعل كما في قول تحرين الموذ فقلت عساها فاركاس ولعلها [1] أي لعلها وإسمها ضمير فافهم .

(وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة)أي صار حكم هذا كحكم ما إذا اشترط أحد المتعاقدين في المضاربةدراهم معينة له فإنه يفسد به المضاربة ، لأن شرطذلك يقطع الشركة كما مر في المضاربة (وكذا) أي ولا يجوز (إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره يكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين) وهو قدر البذر (أو في جميعه) أى أو يؤدي إلى قطع الشركة في جميع الخارج (بأن لم يخرج إلا قدر البذر) فيأخذه صاحب البذر فيقطع به الشركة فلا يجوز .

(وصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية) أي والحـــال أن الأرض خراجية (وأن يكون الباقي بينهما) أي وشرطا أن يكون الباقي بعد رفع الخراج بينهما، لأنه يحتمل أن لا يخرج إلا مقدار الخراج ، فيكون قطعاً للشركة . وفي الذخيرة هذا

---

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وربما هو فارسي ، اه مصححه .

بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما ، لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة ، كما إذا شرطا دفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية . قال وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي ، معناه لأحدهما ،

إذا كان خراجها خراج وظيفة بأن يكون دراهم أو دنانير أو قفزاناً معيناً . أما لو كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعاً يجوز الثلث أو الربع لا يفسد المزارعة بهذا الشرط .

(بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما) حيث يجوز (لانه معين مشاع ، فلا يؤدي إلى قطع الشركة) لأنه توهم قطع الشركة ، فإن ما من خارج إلا وله عشر ، فبقي الشركة في الباقي (كما إذا شرطا دفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية) أي والحال أن الارض عشرية ، يعني يجوز هذا أيضاً . وفي شرح الكافي لو كانت الارض عشرية فشرط دفع العشر إن كانت تسقى سحاً ، ونصف العشر إن كانت تسقى بدلو ، والباقي بينهما نصفان كان جائزاً لما مر هذا الشرط لتوهم قطع الشركة .

(قال) أي القدوري في مختصره (وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي) يعني كما أنهما إذا شرطا لاحدهما قفزاناً مسماة تكون المزارعة باطلة ، فكذلك إذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لاحدهما ، لانه يحتمل أن لا يحصل الريع إلا منهما ، فيؤدي إلى قطع الشركة . والماذيانات جمع ماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسي معرب . وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض . والسواقي جمع ساقية وهي فرق الجدول دون النهر ، كذا في المغرب ، فيكون كلاهما واحداً . ويحتمل أن يكون بينهما فرق فكذلك أوردهما بعطف أحدهما على الآخر . وقيل هي أوسع من السواقي ولا خلاف فيه للثلاثة ، لان الخبر الصحيح والنهي عنه غير معارض ولا منسوخ (معناه لاحدهما) أي معنى قول القدوري وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات إن شرط لاحدهما .

لأنه إذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ،لانه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع ، وعلى هـــذا إذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى . وكذا إذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب ، لانــه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولايخرج إلا التبن . وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنـــه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب . ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا

(لانه لو شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لانه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع) أي لان الشأن لعل الزرع لا يخرج إلا من ذلك الموضع المعين (وعلى هذ) أي على ما ذكرنا من عدم الجواز (إذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى) أي وشرط الآخر مـــا يخرج من الزرع من ناحية أخرى .

(وكذا إذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب) أي وكذا لا يصح ذكره تفريعاً على مسألة القدوري وهو على خمسة أوجه ، وهذا أولها (لانه) أي لان الشأن عساه يصيبه آفة ، أي لان الزرع (عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن) فيؤدي إلى قطع الشركة ، فلا يجوز .

(وكذا إذا شرط التبن نصفين) هذا هو الوجه الثاني ، أي وكذا لا يجوز إذا شرطا أن يكون التبن بينهما نصفين والحب بالنصف عطفا على التبن ، أى وشرطـــا (والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب) وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة يفسد المزارعة .

(ولو شرطا الحب نصفين)هذاهوالوجه الثالث ، وهو أن يشترطـا أن يكون الحب بينهما نصفين (ولم يتعرضا للتبن) بأن سكتا عنه (صحت) أي المزارعة (لاشتراطهما

للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود . ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط ، والمفسد هو الشرط ، وهذا مسكوت عنه . وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب ، والتبع يقوم بشرط الأصل . ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت ،

الشركة فيما هو المقصود) وهو الحب (ثم التبن يكون لصاحب البذر ، لانه نماء ملكه) وفي بعض النسخ إنما بذره وهو الاصوب (وفي حقه) أي وفي حق صاحب البذر (لا يحتاج إلى الشرط ، لان الكل قوله) عن ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يوجد (والمفسد هو الشرط) أي المفسد للمزارعة هذا الشرط الفاسد (وهذا مسكوت عنه) أي الشرط الفاسد سكت عنه هاهنا ، لانهما سكتا عنه ، والسكوت عنه لا يفسد، وإنما المفسد ذكره ، وهذا دفع في النسخ مسكوت عنه الصواب على ما لا يخفى .

(وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضاً) أي يكون التبن بين المتعاقدين كما يكون الحب (اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) وإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين ، وتحكيم العرف عند الإشتباه واجب . وقال الطحاوي في مختصره روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن المزارعة فاسدة. وجعل محمد التبن لصاحب البذر إلا أن يقع الشرط بينهما ، بخلاف ذلك . ثم وجدنا لمحمد بعد ذلك ما يدل على رجوعه عن قوله إلى ما قال أبو يوسف في الإملاء قال هو الصحيح ، وبه نأخذ .

(ولأنه تبع للحب) أى ولان التبن تبع للحب (والتبع يقوم بشرط الاصل) يعني أن التبن لما كان تبعاً كان ذكر الشرط في الحب ذكراً في التبن حيث يكون التبن بينهما أيضاً ، فكأنهما شرطا في التبن أن يكون بينهما كالجندي يصير مقيما بنيه الإمام ، وكالعبد يصير مقيماً بنية المولى .

(ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) أى المزارعة وهذا هو

لأنه حكم العقد . وإن شرطا التبن للآخر فسدت ، لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن ، واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط . قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الإلتزام ، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل ، لانه يستحقه شركة، ولا شركة في غير الخارج . وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ،

الوجـــه الرابع (لانه حكم العقد) يعني إنهما لو سكتا عـــن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر ، لانه موجب العقد ، فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد ،فلا يتغير به وصف العقد ، وكان وجود الشرط وعدمه سواء .

(وإن شرطا التبن للآخر فسدت) أى المزارعة . وفي بعض النسخ وهذا هو الوجه الخامس (لانه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن) وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة تفسد المزارعة كما قلنا (واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط) يعني غير صاحب البذر لا يستحق إلا بالشرط ، وهذا الشرط يؤدي إلى قطع الشركة فتفسد .

(قال) أى القدوري (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الإلتزام وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل ، لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخـارج) أي لأن العامل يستحق ما شرطاه شركة ، والحكم في الشركة في الربح إذا لم يوجد الربح لا شيء للعامل ، فكذا هنا (وإن كانت إجارة) هـــذا جواب عما يقال كانت الأرض إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة ، وتقرير الجواب أن الأرض إن كانت إجارة في الابتداء (فالأجر مسمى) أي معين (فلا يستحق غيره) أي غير المسمى ، ولا يشكل بمـا إذا كانت الأجرة عيناً في الإجارة وهلكت الأجرة قبل التسليم يجب على المستأجر أجر المثل، فينبغي أن يكون كذلك فيما نحن فيه ، لأن الأجر المعين هناك قبل التسليم وها هنا بعـد التسليم إن العامل قبل البذر الذي يتفرع عليه الخارج وقبض الأصل قبض لفروعـــه والاجرة العين إذا هلكت بعد التسليم لايجب شيء،فكذاهاهنا ، كذا في الجامع المحبوبي .

بخلاف ما إذا فسدت ، لان أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج . قال وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ، لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت ، فبقي النماء كله لصاحب البذر . قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له ، لانه رضي بسقوط الزيادة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » له أجر مثله بالغاً ما بلغ ،

(بخلاف ما إذا فسدت) أي المزارعة (لأن أجر المثل في الذمة) أي لأن وجوب أجر المثل في الذمة (ولا تفوت الذمة بعدم الخارج) لأن عدم الخارج لا يمنع وجوب ما في الذمة .

(قال) أى القدوري (وإذا فسدت) أى المزارعة (فالخارج لصاحب البذر ، لأنه نماء ملكه) أى ملك صاحب البذر (واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت) أى القسمة ، لأن المشروط في المزارعة بمنزلة البذر المسمى في عقد الإجارة والتسمية لا تصح مع فساد العقد، فإذا بطلت التسمية بالفساد (فبقي النماء كله لصاحب البذر) لانه نماء ملكه.

(قال) أى القدوري (ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله) يعني في صورة فساد المزارعة (لا يزاد على مقدار ما شرط له) أى لا يزاد أجر المثل على القدر الذي شرط للعامل . وفي شرح الكافي ويطيب لصاحب الأرض جميع ما أخرجته الأرض لانه تولد من بذره بقوة الارض . ولو كان البذر من قبل العامل يطيب له من الخارج مقدار بذره وما غرمه ، ويتصدق بالفضل لانه تولد بقوة أرض الغير وقد فسد ذلك العقد الذي استحق به ملك المنفعة فيمكن فيه شبهة الخبث (لانه رضي بسقوط الزيادة) أى لان العامل رضي بسقوط الزيادة على أجر المثل لانه دخلا في مباشرة ما يوجب فساد العقد (وهذا) أى عدم الزيادة على أجر المثل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) .

(وقال محمد له) أى للعامل (له أجر مثله بالغاً ما بلغ) وبه قالت الثلاثة ، وبالغاً

لانه استو فى منافعه بعقد فاسد ، فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها ،
وقد مر في الإجارات

ينصب على الحال من الاجرة . وما بلغ في محل نصب على أنه مفعول بالغاً ومفعوله مفعول بلغ محذوف وهو الضمير العائد إلى كلمة فافهم (لانه) أي لان صاحب الارض (استوفى منافعه) أي منافع العامل (بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها) أي قيمـــة منافعه (إذ لا مثل لها) أي للمنافع فيجب قيمتها بالغة ما بلغت (وقد مر في الإجارات) أي قـد مر هذا الخلاف . وفي بعض النسخ وقد مرت أي المسألة .

وقال السغناقي وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع يعتبر ، لانه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارة في مسألة ما إذا استأجر حمالاً ليحمل له طعامـاً بقفيز منه ، فالاجارة فاسدة . ثم قال ولا تجاوز بالاجر معنى ، لانه لما فسدت الاجـــارة فالواجب أقل مما سمى . ومن أجر المثل وهذا بخلاف مـــا إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاً ما بلغ عند محمد ، لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ، بمجموع هـــذا الذي ذكره في الاجارات يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً مـــا بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة والاحتطاب، ثم ذكرها هنا وقال محمد له أجر المثل بالغاً ما بلغ إلى أن قال وقد مرت في الاجارات ، وذلك يدل على أن مذهبه في جميـــع الاجارات الفاسدة أن يبلغ الاجر ما بلغ وليس كذلك .

وقال الاترازي أيضاً هذا كلام موهم ، لان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الشركة الفاسدة في كتاب الشركة لا في كتاب الاجارات ، لان الاجارة الفاسدة لا خلاف فيهـا بين علمائنا الثلاثة ، لان فساد الاجارات إذا كان لعدم التسمية أو لجهالة المسمى بأن جعل الاجرة ثوباً أو دابة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ . وإن كان المسمى معلوماً ولكن فسدت بسبب بشرط فاسد ونحوه يجب الاقل من أجر المثل والمسمى لا يجاوز بالاجر المسمى .
وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، انتهى . والجواب بأن هذه الاجارة من قبل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج ، وهـذه حوالة بلا تغيير ولا إيهام ، فافهم .

وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه، لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد ، فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها ، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج ، فهو على الخلاف الذي ذكرناه . ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر

(وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) هذا من مسائل القدوري . وفي بعض النسخ وإن كان قبل العامل ، أى البذر (لانه استوفى) أى لان العامل استوفى (منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها) أى رد المنافع ، لان هذا مقتضى القياس ، ولكن هذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله (وقد تعذر) أى رد المنافع لانها تلاشت واضمحلت (ولا مثل لها) أى منافع الارض حتى يرد مثلها (فيجب رد قيمتها) أى إذا كان كذلك فتجب رد قيمة منافع الارض الذي استوفاها (وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه) آنفاً ، وهو أن لا يزاد عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد .

(ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر) لان البقر مدخلا في الإجارة يجوز إيراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة ، يعني فتنعقد الاجارة عليه فاسداً ويجب أجر المثل . وقال الكرخي في مختصره ولو أن صاحب الأرض دفع الأرض إلى صاحب العمل على أن البذر والعمل من عند العامل والأرض والبقر من عند صاحب الارض على أن الخارج بينهما قال هذا فاسد في قول أبي يوسف ومحمد « رح » فإن أخرجت الارض زرعاً كثيراً فجميع البذر لصاحب البذر والعمل ، ولصاحب الارض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على الزارع صاحب البذر والعمل فله أن يستوفي من ذلك ما بذر وما غرم ، ويتصدق بالفضل . ولو لم تخرج الأرض شيئاً غرم صاحب البذر أجر مثلى الأرض وأجر مثل البقر ، لأن الزراعة فاسدة ولا يبالى أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج .

هو الصحيح ، لانه له مدخلاً في الإجارة وهي إجارة معنى . وإذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طــاب له جميعه ، لان النماء حصل في أرض مملوكة له . وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض ، وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض ، وفساد الملك في منافع الارض أوجب خبثاً فيه ، فما سلم له بعوض طاب له ، وما لا عوض له تصدق به .

(هو الصحيح) احترز بــه عن تأويل بعض أصحابنا لقول محمد « ر ح » في الأصل لصاحب الأرض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به يجب أجر مثل الأرض مكروبة . أما البقر فلا يجوز أن يستحق العقد بعقد المزارعة بحال ، فــلا ينعقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً . ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقــد ، لان المنافع لا تتقوم بدونه ، ولكن الأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة ومنافــع العقد مما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة ، فينعقد عليها بعقد المزارعة بالفساد ، فيجب أجــر مثلها كما تجب أجر مثل الأرض ، كذا في المبسوط (لأن له مدخلاً في الإجارة) أي لأن البقر داخلاً في الاجارة بأن استأجرها ليحمل عليها (وهي إجارة معنى) أي المزارعــة المذكورة إجارة من حيث المعنى ، ولكنها بصفة الفساد ، فيجب أجر المثل .

(وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره) أى لأجل البذر له (في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) أي جميع الخارج . فإذا طاب له جميعه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء من ذلك (لأن النماء حصل في أرض مملوكة له) أي لرب الارض ، وقــد ذكرناه (وإن استحقه العامل) أى وإن استحق الخارج العامل لكون البذر له (أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل) أي بالزائد على قدر البذر وأجر الارض (لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض أوجب خبثاً فيــه) أي في الفضل ، لان فضل زرع خرج له من أرض غيره (فما سلم له بعوض طاب له ، ومــا لا عوض له تصدق به) لتمكن الخبث فيه

قال وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه ، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره. وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل، لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة ،

(قال) أي القدوري (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) أي على العمل هذا قبل إلقاء البذر، أما بعد إلقاء البذر فيجبر ولا يمكنه الفسخ إلا بعذر لصيرورة العقد لازماً من الجانبين ، وقد بينا أن العقد لازم عند الفقهاء (لانه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه) وهذا استهلاك البذر في الحال (فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره) ثم ندم لا يجبر، فصار هذا الحكم ما إذا استأجره رجلا ليهدم داره ثم ندم لا يجبر عليه والعقد لازم بمنزلة الاجارة فيلزمه الوفاء .

(وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل ، لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الاجارة) فيلزمه الوفاء ، وهذا قول العامة إلا في رواية عن أحمد أن العقد غير لازم عنده. وقال الكرخي في مختصره إذا تعاقد رجلان على زراعة أرض ثم هذا لاحدهما أن لا يزرع فقال لا أريد أن أزرع هذه الارض ولا غيره ، أو قال لا أريد أن أزرع هذه الارض وأريد أن أزرع غيرها فإنك تنظر في هذا ، فإذا كان الممتنع من قبل البذر فله ذلك ، وإن كان ليس من قبله البذر فليس له أن يمتنع إلا من عذر . ولو كانت الاجارة للمزارعة وقعت بأجر غير ما يخرج منها ، ثم أراد المستأجر أن يدع المزارعة ولا يزرع هذه الأرض ولا غيرها فله ذلك ، وإن قال لاأزرع هذه الأرض وأزرع غيرها لم يكن له ذلك ، وقيل له أقبض الأرض فيكون في يديك ، فإن شئت زرعت ، وإن شئت لم تزرع ، فإذا تمت السنة كان عليك ما سميت من الأجر . وان امتنع صاحب الأرض قال قد بدا لي أن لا أؤجر أرضاً للزراعة لم يكن له ذلك وأن يجبر على تسليم الأرض إلا أن يكون له عذر في ذلك .

إلا إذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة . قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب .

(إلا إذا كان عذر) استثناء من قوله والعقد لازم ، وكان تامة فلا يحتاج إلى الخبر ، والمعنى إلا إذا وجد عذر . وفي بعض النسخ عذراً بالنصب ، فعلى هذا يكون عذراً خبر كان ، ويكون إسمه ضميراً مستقراً فيه عائداً إلى مقدر تقديره إلا إذا كان الامتناع عذراً أى الموجب الامتناع عذراً (يفسخ به الإجارة) هذه الجملة صفة لقوله عذر ، وفي بعض النسخ يفسخ به الإجارة ، والباء في به للسببية (فيفسخ به المزارعة) لأنها إجارة معنى كما ذكرنا . قال الكرخي في مختصره العذر أن يكون على رب الأرض دين فادح لا يقدر على أدائه إلا من ثمن هذه الأرض فله أن يبيعها فيه .

وفي فتاوى العتابي لو كان المزارع سارقاً يخاف منه لرب الأرض أن يفسخه . وقال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة : المرض الذي يقعد العامل عن العمل ، وخيانة العامل ، والدين الذي لا وفاء عنده سوى بيع الأرض . ثم قال ولو وقع إليه نخلاً معاملة بالنصف ثم بدا للعامل أن يترك العمل أو يسافر ، فإنه يجبر على العمل ، لأن هذا ليس بعذر في حقه ، لأنه أمكنه الاستعانة بغيره . وكذا إن بدا لصاحب النخل أن يعمل بنفسه ويمنع العامل لم يكن له ذلك ، لأنه لا ضرر في حقه ، لأنه يفسد عليه شيئاً فلم يتحقق العذر ، فامتنع الفسخ .

(قال ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) الواو في قوله والبذر للحال ، وكذا الواو في قوله وقد كرب ، أي قلب الأرض للزراعة ، والكرب بالكسر مصدره . وقوله فلا شيء له ، أي للعامل يعني إذا امتنع رب البذر من العقد والبذر منه قبل إلقاء البذر لا شيء للعامل في عمل الكراب لأن عمله إنما يقوم بالعقد ، والعمل قوم بخرج من الخارج ولا خارج بعده فلا يستوجب شيئاً .

قيل هذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل ، لانه غره في ذلك . قال وإذا مات أحـــد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة وقد مر الوجه في الإجارات . فلو كان دفعها ثلاث سنين فلمـــا نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد

(قيل هذا في الحكم) أي قبل هذا الجواب في الحكم يعني في القضـــاء ظاهر ، وقال الأترازي أي الذي قلنا أن المزارع لا شيء له من أجل الكراب ونحوه هو القضاء ظاهراً (أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلـــك) أي في هـــذا الفعـل ، يعني فيـــما بينه وبين الله سبحانه وتعالى بأن يعطي العامل أجر مثله ، لأن الغرور مرفوع فيبقى بأن يطلب رضاه .

(قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة) يعني أن هذا عقد ورد على المنافع فيبطل بموت أحد المتعاقدين كالإجارة . وفي المبسوط والذخيرة هذا جواب القياس ، وفي الاستحسان يبقى عقداً للزراعة إلى أن يستحصد الزرع ، معناه يبقى بلا إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع ، لأنا أبقينا العقد نظراً للزارع ، لأنه لو لم يبق لقلع ورثة رب الأرض فيتضرر به المزارع ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعاقدين وإليه أشار المصنف رحمه الله تعالى بقوله ، فلو كان دفعها إلى آخره ، وعلم أن المراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين ما بعد الزرع ، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت ، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحســـان ، ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك إعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة . وعند الثلاثة يبقى العقد مطلقـــاً (وقد مر الوجه في الإجارات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد ، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث ، وذلك لا يجوز .

(فلو كان دفعها في ثلاث سنين) ذكره بالفاء ، لأنه متضرع على ما قبله ، أي فلو دفع الأرض إلى آخر مدة ثلاث سنين (فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد)

حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع، ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في إبقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين، بخلاف السنة الثانيةوالثالثة، لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس. ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه إبطال مـــال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل

أي لم يجيء أوان الحصـــاد (حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط) إستحســـاناً ، والقيـاس أن لا يثبت للورثة حق الأخذ ، لأنه يفسخ العقد بموت العاقد . قال في شرح الكافي إلا أنا أبقيناه إستحساناً لأجل العذر وعقد الإجارة جوز للعذر ، فلأن يبقى ببقاء العذر كان أولى . ولهذا قلنا أنه لو استأجر سفينة فلما توسط لجة البحر انتهت مدة الإجارة قدرنا عقد الإجارة مبتدأة بأجر لمكان العذر ، فإذا قدر عقداً مبتدأً لأجل العذر فلأن يبقى لأجل العقد كان أولى فــإذا أدرك الزرع إقتسم الزرع والورثة على الشرط (تنتقض المزارعة فيـما بقي من السنتين ، لأن في إبقـــاء العقد في السنة الأولى مراعـــاة للحقين) أي حق المزارع وحق الورثة .

(بخلاف السنة الثانية والثالثة،لأنه ليس فيهضرر بالعامل) لأنه لم يثبت له شيء بعد شيء (فيحافظ فيهما على القياس) أي إذا كان الأمر كذلك فيحافظ من السنة الثانية والثالثة على وجه القياس حيث تبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين .

(ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة ، لانــه ليس فيه إبطال مــال على المزارع) بخلاف ما إذا مــات رب الارض والزرع بقل حيث يبقى العقد ، لان فيه إبطال مال على المزارع ولو كلف القلع . وفي بعض النسخ إبطال مال المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لان المنافع تتقوم

كما نبينه إن شاء الله تعالى . وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج إلى بيعها ، فباع جاز كما في الإجارة ، وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء ، لان المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء .

الخارج ولا خارج فلا يجب شيء (كما نبينه إن شاء الله تعالى) أشار به إلى قوله بعد هذا لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد .

(وإذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقيل من فدحه الامر ، أي أثقله ، وكل مثقل فادح . وقال ابن دريد فوادح الدهر خطوبه ومادته فاء ودال وحاء مهملتين (لحق صاحب الارض) هذه الجملة صفة أخرى لقوله دين شيء (فاحتاج إلى بيعها فباع جاز) أي ببيع الارض جاز الفسخ ، يعني الدين الفادح يصير عذراً في فسخ عقد المزارعة ، لان في المضي على العقد يلحقه ضرر وهو الحبس فجاز الفسخ (كما في الإجارة) حيث يفسخ بعذر الدين ونحوه . وفي الذخيرة لا بد لفسخ المزارعة من القضاء او الرضى على روايات الزيادات لانها بمعنى الإجارة ، وعلى رواية المبسوط والجامع الصغير لا يحتاج إلى الرضا أو القضاء فبعض المتأخرين أخذ برواية الزيادات ، وبعضهم برواية الاصل والجامع . وقوله فسخت والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فافهم.

(وليس للعامل أن يطالبه) أي صاحب الارض ، وهذا هو الموعود بقوله على ما بيناه ان شاء الله تعالى (بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء ، لان المنافع إنما تتقوم بالعقد ، وهو إنما قوم بالخارج) أي العقد فيما نحن فيه قوم بالخارج (فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء) وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يستقيم أن لو كان البذر من قبل العامل ، أما لو كان من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله ، لان البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجراً للأرض ، فيكون العقد وارداً على منفعة الارض لا على عمل العامل ، فيبقى عمله من غير عقد ولا يتقوم على رب الارض . أما إذا

ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال .

كان البذر من رب الارض فيكون هو مستأجراً للعامل ، فكان العقد وارداً على منافع العمل فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض فيرجع عليه بأجر مثل عمله ، كذا في الذخيرة . قيل فيه نظر ، فإن منافع الأجير وعمله إنما يتقوم على رب الارض بالعقد ، والعقد إنما قوم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء .

(ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) ذكره تفريعاً ولم يذكر في الكتاب إذا زرع العامل ولم يثبت ثم لحق لرب الارض دين فادح ما حكمه . وفي الذخيرة اختلف المشايخ فيه قال أبو بكر العتابي له ذلك ، لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم ، لان التبذير استهلاك ، ولهذا قالوا لصاحب البذر فسخ المزارعة . وقال الشيخ أبو اسحاق الحافظ ليس له ذلك، لان التبذير استثمار لا استهلاك . ألا ترى أن الأب أو الوصي يملكان زراعة أرض الصبي مع أنهما لا يملكان استهلاك ماله ، فاذا كان كذلك كان للمزارع عين مال قائم .

وفي فتاوى العتابي لو أجاز العامل البيع والبذر منه فله حصة البذر مبذوراً ، فتقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فله حصة الفضل من الثمن . وإن كان البذر من رب الارض فباعه قبل النبات لا يدخل البذر بدون ذكره . وقيل إن حفر في الارض يدخل . وإن سقاه المشتري حتى يثبت وأدرك فهو للبائع والمشتري متطوع . ولو باع رب الارض لم ينفذ بدون إجارة المزارع أو المستأجر أو المرتهن وليس لهم نقض بيعه ، لان ضررهم يندفع بالتوقف . وكذا للبيع وللشفيع أن يأخذ أو يقوم مقام المشتري في التوقف . وكذا لو أجرها رب الارض بعد الزرع أو قبله والبذر من المزارع يتوقف على إجارته كالبيع .

(لأن في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال) يعني أن في التأخير إضراراً بالغرماء ، لكن ضرر التأخير بدون ضرر الإبطال ، فان لم يكن بد من إلحاق الضرر به يترجح أهون الضررين ، ولأن فيه نظراً للكل لاستمهاله على عدم إبطال

ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين ، لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالماً، والحبس جزاء الظلم . قال وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض إلى أن يستحصد ، والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما ، معناه حتى يستحصد ، لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين ، فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما لان

حق المزارع ويقع رب الارض فإن نصيبه يباع في دينهم أيضاً ، وما فيه نظر للكل يترجح على ما فيه ضرر بالبعض (ويخرجه القاضي من الحبس) أي يخرج رب الارض القاضي من الحبس (إن كان حبسه في الدين لأنه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم) ولكن لا يحول بينه وبين الغريم لأنه ربما يخفي نفسه عند إمكان البيع ، فاذا أدرك الزرع كان له أن يحبسه إلى أن يبيع نصيبه من الزرع والارض ، ويوفي الغريم حقه لأنه زال المانع ، فظهرت القدرة .

(قال وإذا انقضت مدة المزارعة) أي قال القدوري وقيد بالانقضاء احترازاً عن مسألة الموت كما يأتي (والزرع لم يدرك) أي والحال أن الزرع لم يدرك (كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض إلى أن يستحصد) وفي بعض نسخ المختصر أجر مثل نصيبه من الزرع وذلك أصح ، فعلى الثاني يتعلق من نصيبه ، وعلى الاول يتعلق بأجر المثل (والنفقة على الزرع عليهما) أي على العامل ورب الارض ، وأراد بالنفقة مؤنة الحفظ والسقي و كرب الانهار (على مقدار حقوقهما) أي حقوق العامل ورب الارض (معناه حتى يستحصد) أي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما أحصد الزرع واستحصد إذا حان له ان يحصد (لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه) هذا دليل وجوب الاجر ، ووجهه قالوا إن أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر وبه إن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقيناه بلا أجر تعديلاً للنظر من الجانبين (وإنما كان العمل عليهما ، لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل في المال

العقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل في المال المشترك .

وهذا بخلاف ما إذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل ، لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل ، أما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا بقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه .

المشترك) فيكون العمل عليهما .

(وهذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل) يعني إذا مات صاحب الارض والحال أن الزرع بقل فإنه لا يجب أجر المثل ولا العمل عليهما ، بل يكون على العامل ، بخلاف الإجارة والعارية إذا انقضت المدة والزرع بقل ، فانه يجب أجر المثل ويترك الزرع حتى يستحصد نظراً لهما (لان هناك) أي فيما إذا مات رب الارض والزرع بقل (أبقينا العقد في مدته) أي في مدة العقد حكماً للعقد (والعقد يستدعي العمل على العامل) أي يقتضي قيام العمل على العامل (أما هاهنا) أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك (العقد قد انتهى) بانتهاء المدة (فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه) لان استحقاق العمل على العامل إنما كان في المدة بالعقد فلم يبق العقد فلا يكون عليه ، بل يكون عليهما ، لانه عمل على المال المشترك .

وقال تاج الشريعة في قوله بخلاف ما إذا مات رب الارض ، بيان الفرق أن رب الارض متى مات بقي عقد المزارعة فتعذر إيجاب الاجر ، لانه لا يجب إجارة ما إذا منفعة الارض في مدة واحدة وهو بعض الخارج وأجر المثل دراهم أو دنانير ، وإيجاب زمانين بإزاء عين واحدة لا يجوز ، فإيجاب البدلين بإزاء منفعة واحدة ، لان لا يجوز أولى وأحرى . إما إذا انقضت مدة المزارعة فيحتاج إلى إثبات الاجارة فلا يكون جمعاً بين أجرين بإزاء منفعة الارض في مدة واحدة ، بل يكون إيجاب الاجرين في مدة مختلفة وهذا جائز .

فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية له ، لأنه لا ولاية له عليه. ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً لم يكن له ، لأن فيه إضراراً بالمزارعة .

(فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل ، وإنما كان متطوعاً (لأنه لا ولاية له) لأحدهما على الآخر ، بخلاف ما إذا أنفق بأمر القاضي حق يرجع على صاحبه بمقدار حصته ، لان للقاضي ولاية فصح أمره .

فان قيل هو مضطر في الإنفاق لانه يحيىء حق نفسه فلا يوصف بالتبرع ، قلنا هو غير مضطر ، لانه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي ولانه غير مجبر على الإنفاق ، لأن له ولاية أخذ الزرع بقلاً كما يحيىء ، كذا في الذخيرة .

فإن قلت لم لا يجعل هذا كما لو أوصى برقبة نخله لإنسان وثمرها لآخر فأنفق الموصى له بالرقبة في غيبة صاحب الثمر بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحب الثمر فانه لا يكون متبرعاً ، كذا هذا . قلت قياسك على هذا غير صحيح ، والصحيح أن يقاس على ما إذا كان النخيل بين اثنين وغاب أحدهما فأنفق الآخر عليه بغير أمر القاضي فانه يكون متبرعاً ، كذا في مسألة الزرع .

(لأنه لا ولاية له عليه) أي لان الذي أنفق لا ولاية له على صاحبه فيكون متبرعاً (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلاً لم يكن له ذلك) ذكره تفريعاً أيضاً ، وهو من مسائل الأصل ، أي لم يكن لرب الارض ذلك ، أي بعد انقضاء المدة (لان فيه إضراراً بالمزارع) لان المزارع ليس بمتعد في زرع الارض ، وله نهاية فيبقى الآن يستحصد بأجر المثل ، لأن التأخير أهون من الإبطال .

فإن قيل كما أن في هذا إضرار بالمزارع فكذا في قلع المزارع إضرار برب الارض ، ومع ذلك جاز للمزارع قلعه ، ذكره في المبسوط . قلنا رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفائه بنصيبه وبأجر المثل ، فرد عليه ، بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل ، فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يبقى بذلك .

ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً قيل لصاحب الأرض أقلع الزرع ، فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته ، لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له ، وقد ترك النظر لنفسه ، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات ، لأن بكل ذلك يستدفع الضرر . ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع

(ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً) بعد انقضاء المدة (قيل لصاحب الارض إقلع الزرع فيكون بينكما) أشار بهذا إلى أن رب الأرض له الخيارات الثلاثة ، الأول : أن يقال له إقلع الزرع فيكون بينكما ، والثاني : ما أشار إليه بقوله (أو أعطه قيمة نصيبه) أي أو قيل له أعطه حصة ثانياً . والثالث : ما أشار إليه أيضاً بقوله (أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته) أي أو قيل له أنفق أنت على الزرع كله ثم ارجع بما أنفقت على حصته في نصيبه (لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه) أي على العمل لانقضاء مدة العقد (لان إبقاء العقد) لم يرد به عقد المزارعة لانه انتهى بانتهاء مدته ، ولكن بإبقاء الارض مشغولة بالزرع بشبهة العقد ، وبهذا يجب أجر المثل ومبناه على العقد (بعد وجود المنهي نظراً له) أي للمزارع ، وأراد بالمنهي مضي المدة وهو بضم الميم وسكون النون وكسر الهاء (وقد ترك النظر لنفسه) بإرادة القلع ، وله ولاية ذلك ورب الارض مخير بين هذه الخيارات الثلاثة التي ذكرت آنفاً .

وقوله (ورب الارض مخير بين هذه الخيارات) أو أمره وأمر بينهما أو نحو ذلك (لأن بكل ذلك يستدفع الضرر) أي بكل الخيارات وتذكير اسم الاشارات باعتبار أراد أنه يدفع الضرر عن نفسه بذلك فيتخير .

(ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع

وأبى رب الأرض فلهم ذلك ، لأنـــه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما عملوا ، لأنا أبقينا العقد نظراً لهم . فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لمـــا بينا ، والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينــا . قــال وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص ،

وأبـى رب الارض فلهم ذلك) أي فللورثة أن يعملوا إلى أن يستحصد الزرع (لانه لا ضـرر على رب الارض ولا أجر لهم بما عملوا) ســواء كان بقضاء قاض أو بغيره (لأنا أبقينا العقد نظراً لهم) فلا يستحقون الاجر ، لان استحقاق الاجر إنما يكون إذا كان الإبقاء نظراً لغيرهم (فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا) أشـار به إلى قوله لأنا أبقينا العقـد نظـراً لهم ، فلو أجبروا انقلب ضـرراً عليهم (والمالك على الخيارات الثلاثة) وهي القلع أو إعطاء قيمة نصيب المزارع أو الانفاق على الزرع (لما بينا) أشار به إلى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل لا يجبر عليه .

(قال) أي القدوري (وكذلك أجـرة الحصاد) أي كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مـدة المزارعة والزرع لم يدرك كذلك عليهما أجـرة الحصاد وهو بفتـح الحاء وكسرها لغتان وقوى بهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ الآية ١٤١ الانعام (والدياس) وهو أن يوطـأ الطعام بإطلاق البقر ، وتكون عليها ، يعني يخرجوا حتى يصير تبناً وهو مصـــدر داس الكرس يدوسه دوساً ودياسة ودياساً ودياسة . وقال الازهري دياس الكرس ودواســه واحــد . وقال الكاكي والدياس ســفل السيف ، واستعمال الفقهاء إياه في موضع الدياسة جائز . قلت هذا يشير إلى ان الدياس ليس مصدراً وإنما المصـدر الدياسة ، وليس كذلك ، بل كلاهما مصدران كما ذكرنا . وقال السغناقي (والرفاع) بكســر الراء وفتحها وهو أن يرفع الزرع إلى البيـــدر وهو موضع الدياس وتسمية أهل مصر الجران ، وبالفارسية خرمن (والتذرية) من ذرا بالتشديد وهو تمييز الحب من التبن بالرياح (عليهما بالحصص) أي على رب الارض والمزارع .

فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة ، والزرع لم يدرك ، بل هو عام في جميع المزارعات . ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد ، فيجب مؤنته عليهما .

(فان شرطاه) أي فان شرط المتعاقدان في العقد أخص الاشياء المذكورة (في المزارعة على العامل فسدت) أي المزارعة . وعند الشافعي وأحمد لا تفسد لانه بدون الشرط على العامل . وكذا لو شرطاه على رب الارض . وكذا لو شرطا في العقد عملاً ليس من أعمال المزارعة على العامل أو رب الارض فسدت . ولو شرطا ما كان من أعمالها لا تفسد ، لانه شرطاً لا يقتضيه العقد . وفي النوازل عن أبي يوسف إذا اشترط على المزارع أن يحصده ويجمعه جاز ، وفيه كان محمدبن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد ولا أعرف أحد في زمانهما خالفهما في ذلك . وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ . وفي الخلاصة والسقية والحمل إلى بيت رب المال كشرط الحصاد ، وجوزه مشايخ بلخ .

(وهذا الحكم) أي اشتراط الحصاد ونحوه مفسد (ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك ، بل هو عام في جميع المزارعات) ولما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان موهم اختصاصها بذلك وقال الشيخ هذا الوهم بقوله وهذا الحكم ... الخ

(ووجه ذلك) أي وجه فساد العقد باشتراط أجرة أحد الأشياء المذكورة على العامل ووجوب الاجرة عليهما (أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود) وهو يتناهي الزرع بحصول المقصود (فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد) أي ولا عقد موجود لانتهائه بانتهاء المدة (فيجب مؤنته عليهما) لان قضية العقد كون المؤنة عليهما إذ النماء عليهما ، فإذا انتهى العقد لم يبق على العامل فيجب عليهما .

وإذا شرطا في العقد ذلك ولا يقتضيه ، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف « رح » أنـــه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالإستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ « رح » . قـــال شمس الأئمة السرخسي هـــذا هو الأصح في ديارنا . فالحاصل أن ما كان من عمـل قبـل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل ، وما كان منه بعد الإدراك قبـــل القسمة فهو عليهما في ظـاهر الروايـة كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه .

(وإذا شرطا في العقد ذلك) أي شرط (ولا يقتضيه) أي والحال أنه لا يقتضيـه العقد (وفيه منفعة لاحدهما) أي والحال أن في الشرط منفعة لاحد المتعاقـدين (يفسد العقد كشرط الحمل) أي حمل الحنطة ونحوهـا إلى منزل رب الارض (أو الطحن) أى أو شرط الطحن (على العامل) وكذا شرط التبقية .

(وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامـل) أي لتعامل الناس بذلك (اعتباراً بالاستصناع) حيث جوز لتعامل الناس (وهو) أى ما روي عـن أبي يوسف (اختيار مشايخ بلخ «رح») كمحمد بن سلمة وأبي بكر البلخي وغيرهما (قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا) ذكره شمس الائمة في المبسوط (فالحاصل) أشار بهذا الكلام إلى أن الاعمال ثلاثة أقسام ، أشار إلى الاول بقوله (أن مـا كان من عمل قبل الإدراك) أى قبل إدراك الزرع (كالسقي والحفظ فهو على العامـــل) أى كسقي الزرع وحفظه .

وأشار إلى الثاني بقوله (وما كان منه) أى من العمل (بعـد الإدراك) أى إدراك الزرع (قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباهها على مابيناه) أشار به إلى قوله وجه إلى آخره ، وقيد بقوله في ظاهر الرواية احترز عن ما روي عـن

وما كان بعد القسمة فهو عليهما ، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ ، فهو على العامل . وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما . ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالإتفاق لأنه لا عرف فيه ، وما كان

أبي يوسف أنه قال اشتراط هذا على العامل غير مفسد .

وأشار إلى الثالث بقوله (وما كان بعد القسمة فهو عليهما) أي وما كان من العمل بعد قسمة الخارج فهو على المتعاقدين كالحمل إلى البيت والطحن وأشباهها ، لكن على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر ، فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة على قياس هذا) أي المساقاة على قياس ما ذكر من التفصيل في المزارعة (ما كان قبل إدراك الثمر من السقي) أي الذي كان قبل إدراك الثمر نحو سقي الأشجار (والتلقيح) من لقحت النخلة إذا أطعمتها من ذكرها ، ومنه لقح الفحل الناقة ، والريح السحاب إذا أودق منه المطر (والحفظ) أي حفظ الأشجار (فهذا على العامل) هذه الجملة في محل الرفع على أنها خبر لقوله ما كان ، ودخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، ومن هذا القبيل ضرب الجليد وإصلاح الأجاجين وتنقية السواقي وقطع الحشائش المضرة ، ولا خلاف فيه للثلاثة ، والأجاجين هي الحفر التي يجمع فيها الماء على أصول النخل .

(وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ) والجداد بكسر الجيم وبالدال المهملة وهو القطع ، والمراد قطع ثمرة النخل . وفي بعض النسخ كالجزاز بالراءين المعجمتين . وفي المغرب الجزاز كالجداد بالفتح والكسر إلا أن الجزاز خاص في قطع التمر ، والأول عام . وعند الشافعي واحدة الجداد والحصاد واللقيط على العامل لأنه من العمل . وعند الشافعي وأحمد عليهما (فهو عليهما) خبر من قوله وما ذكرنا .

(ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه) وعن أحمد لا يجوز . وكذا لو شرط الحمل إلى منزل رب الأرض ، وبه قال بعض الشافعية (وما كان

بعد القسمة فهو عليهما ، لأنه مال مشترك ولا عقد . ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه . ولو أراد قصل القصيل أو جرد التمر بسراً أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما على القصل ، والجداد بسراً فصار كما بعد الإدراك والله أعلم .

بعد القسمة فهو عليهما) أي على المتعاقدين (لأنه مال مشترك ولا عقد) أي ولا عقد موجود ، وسماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان. وقيل باعتبار أن المجموع بعدالقسمة بينهما . ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية (ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه) أي في هذا الشرط ، ولا خلاف للثلاثة فيه .

(ولو أراد قصل القصيل) أي قطع القصيل ، والقصل قطع الشيء ومنه القصيل ، وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلا مجازاً (أوجرد التمر بسراً) أي أو أراد قطع التمر حال كونه بسراً ، والبسر ما يكون من التمر ولم ينضج (أو التقاط الرطب) أي أو أراد التقاط الرطب (فذلك عليهما) أي على ما ذكر من القصيل والجداد والإلتقاط على المتعاقدين (لأنهما أنهيا العقد) أي أتماه وأمضياه (لما عزما على القصل والجداد بسراً فصار كما بعد الإدراك) أي صار حكم هذا الحكم ما بعد الإدراك الزرع والتمر حيث يكون العمل فيه عليهما فكذلك إذا انتهياه قبل الإدراك (والله أعلم بالصواب) .

* * *

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة . وقالا جائزة

(كتاب المساقاة)

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة ما يقول بجوازها.ولو ردد الأحاديث في معاملة النبي ﷺ بأهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين ضرب إيراد المزارعة قبل المساقاة ، أحدها : شدة الإحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني : كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة وهي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعى فهى معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها ، ولاهل المدينة لغتان يختصون بها كما قالوا للمعاملة مساقاة وللمزارعة مخابرة والاجارة بيع ، وللمضاربة مقارضة ، وللصلاة مسجد .

فإن قلت المفاعلة تكون بين اثنين ، وهنا ليس كذلك . قلت هذا ليس بلازم . ألا ترى إلى قولهم قاتله الله ومسافر فلان [1] أو لان العقد على السقى صدر من اثنين كما في المزارعة أو من باب التغليب .

(قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمرة باطلة) وبه قال زفر لانها استئجار ببعض ما يخرج وذلك مجهول أو معدوم فلا يجوز وقد تقدم بيان ذلك في المزارعة ، لان المساقاة كالزراعة عنده (وقالا جائزة) أي قال أبو يوسف ومحمد جائزة ، وبه قال أحمد وأكثر العلماء . وعند الشافعى ومالك تجوز المساقاة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمساقاة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الاصل ضعف التبع لانه به يتحقق التبعية ، والمساقاة إنما تجوز عنده إذا شرط التفاوت والمؤن فيما تحتاج إليه الثمرة على العامل كلها ، ثم المساقاة

---

(١) هكذا تتابع الكلام في الاصل .

إذا ذكر مدة معلومة ، وسمي جزء من الثمر مشاعاً ، والمساقاة هي المعاملة في الأشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة . وقال الشافعي « رح » المعاملة جائزة ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة

تجوز عند الشافعي في النخل والكرم فقط ، هذا في قوله الجديد . وفي قوله القديم يجوز في كل شجرة لها ثمرة (إذا ذكر مدة معلومة ، وسمي جزء من الثمرة مشاعاً) أما المدة فلأنها كالمزارعة وكالإجارة فلا بد من بيان مدة معلومة . فلو دفع إلى رجل نخلاً ولم يذكر مدة معلومة كان على أول ثمر يخرج من أول سنة استحساناً ، لأن العقد يقع على العمل في المدة ، ولكل مدة وقت معلوم يبتدىء فيه وينتهي ، فالثمرة الاولى متيقن دخولها في العقد فجاز فيها العقد ، وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه . وأما تسمية جزء مشاع من الثمرة فلأنها عقد شركة ، فاذا لم يكن المسمى جزءاً مشاعاً ربما يفضي إلى قطع الشركة فلا يجوز كما في المزارعة .

(والمساقاة هي المعاملة في الأشجار) قال في شرح الطحاوي والمساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة ، وقد ذكرناه (والكلام فيها كالكلام في المزارعة) أي الكلام في عقد المساقاة . وفي بعض النسخ فيها وهو الاظهر أراد أن شرائط المساقاة وهي الشرائط المذكورة التي ذكرت في المزارعة .

(وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة) بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل وقد أخذ النخيل مع الارض معاملة جاز ، حتى لو كانت الارض تسقى بماء على حدة لا يجوز . وفي الروضة في المعاملة ما بان الاول في أركانها وهي خمسة ، الاول : العاقدان . والثاني : متعلق العمل وهو الشجر وله ثلاث شرائط ، الاول أن يكون نخلاً أو عنباً ، أما غيرهما من النبات يقسمان ما له ساق وما لا ساق له . والاول ضربان ما له ثمرة كالتين والجوز والمشمش والتفاح ونحوها ، وفيه قولان القديم جواز المساقاة عليها ، والجديد المنع . وعلى الجديد في شجرة المقول وجهان ، جوزها ابن شريح ، ومنعها غيره . والأصح المنع . والضرب الثاني ما لا ثمرة له كالزلك

والخلاف وغيره فلا تجـوز المساقاة عليه . وقيل في الخلاف وجهان لا عناية . والقسم الثاني ما لا ســاق له كالبطيخ والقرع وقصب السكر والباذنجان والبقول لا تنبت في الارض ولا تجنى إلا مرة واحدة فلا يجوز عليها كما لا يجوز على الزرع . وإن كانت تنبت في الارض وتجنى مرة بعـد مرة فالمذهب المنع . وقيــل قولان أصحها المنـع . الشرط الثاني : أن تكون الاشــجار مروية وإلا فباطل على المذهب . وقيــل قولان كبيـع الغائب .

الركن الثالث : الثمار فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشــتركة بينهما معلومة . فلو شرطا قبض الثمار لثالث أو كلها لأحدهما فسدت .

الركن الرابع : العمل .

الركن الخامس : الصيغة ولا يصح بدونها على الصحيح ، وفيها الوجه الســابق في العقود بالتراضي والمعاطاة ، ثم أشهر الصيغ ساقيتك على هذا النخيل بكذا وعقدت معك عقـد المساقاة .

الباب الثاني في أحكام المساقاة : ويجمعهما حكمان ، أحدهما يلزم العامل والمالك ، والثاني في لزومها . أما الاول فكل عمل يحتاج إليه الثمار لزيادتها، أو صلاح ثمرها ويتكرر كل ســنة فهو على العامل ، ومما يجب عليه الســقي وما يتبعه من إصلاح طريق المـاء والاجاجين التي يقف فيها المـاء وتنقية الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية وشدها عند السقي على ما يقتضيه الحال . وفي ســقيا النهر وقول ضعيف أنها على المالك وتقليب الأرض بالمساعي. وكذا تقويتها بالزبل ، ومنه التلقيح . ثم الطلع الذي يلقـح به على المالك . وفي حفظ الثمار وجهــان ، أصحهما على العامل واحــداً ، والثمرة على العامل على الصحيح وحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي أنهاره وبنـاء الحيطان ونصب الأبواب والدولاب ونحوها على المالك ، وكذا عليه آلات العمل والأكياس والمعول والنحل والمسحاة والشران والعذان في الزراعة والثــور الذي يدير الدولاب . وقيل على من شرطت له . الحكم الثاني أن المساقاة عقد لازم كالإجارة ، وتملك

لأن الأصل في هذه المضاربة والمعاملة أشبه بها ، لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل . وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في

العامل حصة من الثمرة بالظهور على المذهب ، وقيل قولان .

(لأن الأصل في هذه المضاربة) لأنها جائزة إجماعاً (والمعاملة أشبه بها) أي بالمضاربة من المزارعة (لأن فيه شركة) أي لأن في عقد المعاملة شركة (في الزيادة) وهو الثمر (دون الأصل) هو في الشجر كما في المضاربة الشركة في الربح دون رأس المال .

(وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسده) أي يفسد عقد المزارعة (فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها) أي للمعاملة ،وفي بعض النسخ له ، أي عقد المزارعة (كالشرب في بيع الأرض) بكسر الشين وهو النصيب من الماء ، فإنه يرد عليه العقد تبعاً لبيع الأرض ويجوز بيعه بانفراده (والمنقول في وقف العقار) فإنه يصير وقفاً تبعاً للعقار ولا يجوز وقفه بانفراده إلى هنا من كلام الشافعي .

(وشرط المدة) أي شرط بيان المدة (قياس فيه) أي في عقد المساقاة (لأنها إجارة معنى) أي لأن المساقاة إجارة في المعنى لأنه استئجار للعامل ، وفي هذا لا يصير المعقود عليه معلوماً إلا ببيان المدة ، فإذا لم يبينا لم يجز ، وبه قال الشافعي وأحمد . إلا أنه ينبغي أن يكون أقل المدة ما يمكن إدراك الثمر فيه، وبه قال أحمد .واختلف أقوال الشافعي في أكثر مدة الإجارة والمساقاة . وقال في موضع إلى ثلاثين سنة . وقال ابن قدامة في المغني ، وهذا الحكم قال في موضع إلى ما أشار [1] وبه قال أحمد ومالك وأكثر العلماء (كما في المزارعة) كما يشترط بيان المدة في المزارعة، حتى إذا لم يبينا تفسد.

---

(١) في الجملة خلل ، وربما سقط كلام صاحب المغني من الناسخ ، اهـ مصححه .

المزارعة . وفي الإستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج ، لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ماهو المتيقن . وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة .

(وفي الإستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ، ويقع على أول ثمر يخرج) يعني إن سكتا عن الوقت جاز استحساناً ، ويقع العقد على أول ثمرة تخرج في تلك السنة ، وبه قال أبو ثور وبعض أصحاب الحديث (لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت) أي الوقت والثابت عادة كالثابت شرطاً ، فصارت المدة معلومة . فإن تقدم أو تأخر بذلك يسير لا يقع بسببه منازعة عادة (ويدخل فيه ما هو المتيقن) وهو أول الثمر الذي يخرج في تلك السنة ، فيثبت المتيقن لا ما وراءه ، فلو انتقضت تلك السنة ولم يخرج الثمر فيهما انتقضت المعاملة (وإدراك البذر) وهو بذر البقل ونحوه .

وقال الليث البذر كل حب يبذر للنبات ، ويقال بذرته وبذرته.قال والبذر والحبوب التي فيها صغير مثل بذر البقول وأشباهها . وقال ابن دريد فأما قول العامة بزر البقل خطأ إنما هي بزور . وقال الخليل البزر بزر الكتان ودهن البزر والكسر أفصح. والبذر بالذال المعجمة ما عزل للزراعة من الحبوب كلها ، وبزر البذر زرعه . وقال ابن عباد في المحيط البذر أول ما يخرج من البقل والعشب . وقال الأترازي وقد وقع سماعنا في هذا الموضع بالدال ، وارتفاع إدراك البذر بالإبتداء .

وقوله (في أصول الرطبة) جملة وقعت صفة للبذر (في هذا) أي في عقد المساقاة بدون بيان المدة (بمنزلة إدراك الثمار) خبر المبتدأ (لأن له) أي لإدراك البذر (نهاية معلومة) عند المزارعين (فلا يشترط بيان المدة) فيه صورة المسألة دفع رطبة قرب جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على أن ما أخرج الله سبحانه وتعالى من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتاً معلوماً جاز استحساناً كالثمر . وفي شرح الكافي ولو دفع إليه رطبة في الأرض قد صارت قراحاً ، يعني قد خرج ساقها من عروق ولم

بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً ، والإنتهاء بنـــاء عليه فتدخله الجهالة . وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة

يبينه إلى أن تجز فدفعها إليه معاملة على أن يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتاً معلوماً ، فهذا فاسد ، لأنه ليس لنهايتها وقت معلوم ، لأنها تجري مرة بعد أخرى ، حتى لو كان للرطبة[1] لو دفعها إليه رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيهـا حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من شيء فهو بينهما نصفان ولم يسميـا وقتاً فهو جائز على ما اشترط إلا البذر من الرطب ينزل منزلة الثمر من الشجرة ، فصار كما لو دفع الأشجار معاملة ، على أن الثمر بينهما نصفان فهو جائز كذلك هنا ، والرطبة لصاحبها لأنهـا لم تحدث بعمله ولم تزدد .

(بخلاف الزرع) يتعلق بقوله وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ، يعني ذاك بخلاف المزارعة ، فلأنها تجوز بلا بيان المدة قياساً واستحساناً (لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً) أي لأن ابتداء الزرع قد يكون في الخريف والصيف أو الربيع، وما يزرع في الربيـع يدرك في آخر الصيف ، وما يزرع في الخريف يـدرك في آخر الربيع وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف فوقعت الجملة في الابتداء (والإنتهاء بناء عليه) أي على الإبتداء (فتدخله الجهالة) أي إذا كان كذلك فيدخـل هذا العقد جهالة مفضيه إلى المنازعة ، فلا يجوز إلا ببيان المدة . إعلم أن كثيراً منصوب على أنه صفة لمصدر محذوف ، أي اختلافاً فاحشاً . وقوله خريفاً منصوب على الظرفية ، أي في خريف وصيف وربيع عطف عليه .

(وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق) أي نبت وهو بكسر الـلام ، والغرس بكسر الغين وفتحها في معنى المغروس (ولم يبلغ الثمر) أي لم يبلغ حد الأثمار (معاملة) أي مساقاة ، وانتصابها على المصدرية من قوله من غير لفظه ، ولكن التقدير وإذا عامـل رجلاً في غرس معاملة ، ويجوز أن ينصب على التعليل ، أي دفع لأجـل المعاملة على أن

---

(١) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءه ، اهـ مصححه .

حيث لا يجوز إلا ببيان المدة ، لأنـــه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً . وبخلاف ما إذا وقـــع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها ، أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة ، لأنها تنمو مـــا تركت في الأرض فجهلت المدة ، ويشترط تسمية الجزء مشاعاً لما بينا في المزارعة ،

يقوم عليها ويسقيها فما خرج فهو بينهما نصفان (حيث لا يجوز إلا ببيان المدة) وبـــه قالت الثلاثة (لأنه) أي لأن الغرس (متفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتـــاً فاحشاً) لأن الأراضي إذا كانت أبزار خالصة قوية تحمل أشجارها بإسراع . وإذا كانت ضعيفة غير خالصة تبطيء أشجارها في الحمل ، فلا بد من بيان المدة .

(وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليهـــا) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع بناها (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولهـــا (تفسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة ، لأنها) أي الرطبة (تنمو) أي تزيد من النمو وهو الزيادة (ما تركت في الأرض) أي ما دامت تترك في الأرض (فجهلت المدة) فلا يجوز . وفي شرح الكافي ولو دفع إليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيهـــا حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهذا فاسد . وكذلك النخل والشجر ، لأنه ليس لزمان انقطاعه وذهاب أصوله وقتاً معلوماً ، فكانت المـــدة مجهولة . وأما إذا دفع النخيل أو أصول الرطبة معاملة على أن يقوم عليها مطلقاً ولم يقل إلى أن يذهب أصولها وينقطع بناها ، وذلك جائز ، وإن لم يبين المدة استحسانـــاً إذا كانت الرطبة جزءه معلومة فيقع على أول جزؤه ، وفي النخيل يقع على أول ثمرة تخرج ، وإذا لم تكن للرطبة جزءة معلومة فلا يجوز بلا بيان .

واعلم أن المصنف قد ترك في كلامه قيدين لا غنى عنهما ، فكان إيجازاً وقد بيناها الآن (ويشترط تسمية الجزء مشاعاً) يتعلق بقوله وسمي جزءاً من الثمرة مشاعاً (لما بينا في المزارعة) أشار به إلى قوله ولا تصح المزارعه إلى قوله إلا أن يكون الخارج بينهمـــا مشاعاً تحقيقاً لمعنى الشركة .

إذ شرط جزء معين يقطع الشركة . وإن سميا في المعاملة وقتاً يعلم إنه لايخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج . ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت ، لأنا لا نتيقن بفوات المقصود . ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد ، لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة ، فصار كما إذا علم

(وإن شرط جزء معين فيقطع الشركة) أي لأن اشتراط جزء معين من الخارج لأحدهما أو لغيرهما يقطع الشركة فتفسد المعاملة (فإن سميا في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت [1] بتأويل المدة (فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج) وبه قالت الثلاثة ، وهذا من مسائل الأصل ، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها) أي عن المدة المذكورة (جازت) أي المعاملة ، وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه وأحمد في رواية (لأنا لا نتيقن بفوات المقصود) ولا يعتبر توهم عدم الخروج ، لأن ذلك التوهم متحقق في كل معاملة ومزارعة بأن يسطلم الزرع آفة . وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية لا يصح ، لأنها عقد على معدوم .

(ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل) وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد في الأصح أيضاً . وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية لا يجب شيء ، لانه رضي بالعمل بغير عوض ، فصار كالمتبرع وهو اختيار المزني (لفساد العقد لانه يبين الخطأ في المدة المسماة ، فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء) يعني لو كان ذلك معلوماً عند ابتداء العقد لما كان العقد فاسداً ، فكذا إذا تبين في الانتهاء .

---

(١) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءة ، اه مصححه .

ذلك في الإبتداء. بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً، لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة، فبقي العقد صحيحاً، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان. وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل،

(بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا، لان الذهاب بآفة) يعني ما حدث من الآفة (فلا يتبين فساد المدة) لعدم تبين خروج الثمار في المدة المذكورة (فبقي العقد صحيحاً) وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج (ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه) لعدم الخارج.

(قال) أي القدوري (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان. وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في النخل والكرم) قال في القديم وتجوز في جميع الاشجار والثمر، وبه قال مالك وأحمد والثورى وأبو ثور والاوزاعي وهو قولهما أيضاً، ولا يجوز الشافعي في الرطاب قولاً واحداً. وقال داود لا يجوز إلا في النخيل خاصة، لان الخبر إنما ورد في النخيل خاصة. وعن مالك أنه تجوز المساقاة في المعاني والبطيخ والباذنجان كمذهبنا. وفي الجواهر أركان المساقاة أربعة، الاول متعلق العقد وهي الاشجار وسائر الاصول المشتملة على شروط، وهي أن تكون مما يجيء ثمرته ولا تخلف، واحترزنا به عن الموز والقصب والقرط والبقل، لانه بطن بعد بطن، وجزء بعد جزء، وأن يكون مما لا يحل بيعها، فكل ما حل بيعه فلا تجوز المساقاة فيه، فإذا حل بيع الثمار أو غيرها أو المعاني لم تجز المساقاة عليها، وإن عجز عنها. وقال سحنون يجوز مساقاة ما جاز بيعه وهي إجارة بنصفه وأن يكون ظاهراً، فلا يجوز المساقاة عليه قبل ظهوره في الأرض.

الركن الثاني : أن يكون المشروط على الاستفهام معلوماً بالحرية لا بالتقدير.

والركن الثالث : العمل، وشرطه أن يقتصر على عمل المساقاة ولا يشترط عليه عمل آخر ليس منها.

لأن جوازها بالاثر وقد خصهما ، وهو حديث خيبر . ولنا أن الجواز للحاجة وقـــد عمت . وأثر خيبر لا يخصهما ، لان أهلهـا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً . ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله ،

والركن الرابع: الصيغه كقوله ساقيتك على هذا النخيل بالنصف، أو غيره. واختلف إذا عقد بلفظ الإجارة وأبطله ابن قاسم وصححه سحنون .

(لأن جوازها) أي جواز المساقاة (بالأثر وقد خصهما) أي وقد خص الأثر النخل والكرم (وهو حديث خيبر) وقد مر بيانه في المنازعة .

(ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) أي الحاجة في الجميع (وأثر خيبر لا يخصهما) جواب على ما قال الشافعي خصهـــما ، أي حديث خيبر لا يخص النخيل والكرم (لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً) لأنه روي أنه ﷺ عامل أهـل خيبر بشرط ما يخرج منها زرع أو ثمر ، ولفظ الثمر عام في كل ثمر ، ولأنه جاز في لفظ بعد الأخبار أنه ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من النخل والشجر ولفظ الشجر عـام . وقال ابن حزم خالف الشافعي « ر ح » الحديث قد كان بخيبر بلا شك بقل ، وكلما نبت في أرض الشرب من الرمان والمـــوز والقصب والبقول فعاملهم النبي ﷺ على نصف ما يخرج منها .

(ولو كان كما زعم) أى ولو كان الأثر يخص النخيل والكرم كما زعم الشافعي (فالأصل في النصوص أن تكون معلولة) فكان ينبغي الشافعي أن يعلله بعلة الحاجة مع وجودهـا (سيما على أصله) أى خصوصاً على أصل الشافعي ، فإن بابه عنده أوسع ، لأنـــه يرىء التعليل بالعلة القاصرة كالثمنية في باب الربا ونحن لا نرى التعليل إلا بعلة متعدية فيكون التعليل على مذهبه أعم عندنا ، وإن كان الأصل في النصوص التعليل ولكن لا بـــد من إقامة الدليل على أن النصوص معلول في الحال ، وموضعه أصول الفقه . واعلم أن لفظـة سيا كلمة تخصيص ، والمعنى أخص المذكور بالذكر نحو يقول أكرمني الناس ولا سيا زيد

وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل لغير عذر، بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه، قال فإن دفع نخلاً فيه تمر مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز، وإن كانت

وزيد وهي مركبة من سي وما، وسي بكسر السين بمعنى المثل، والتقدير في المثال المذكور، ولا سي، أى ولا مثله فما موصوفة على تقدير الجر وموصوفة على تقدير الرفع، أى لا سي الذى هو زيد، ويجوز منه النصب أيضاً على أن يكون لاسيا بمعنى إلا، وقد يزاد على أوله كلمة لا فيقول لا سيا فقد تحقق الباء، والتشديد أكثر فافهم.

(وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري (لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد) لان العقد لازم لا يصح فسخه إلا بعذر، والعذر لصاحب الكرم أن يكون عليه دين لا وفاء عنده إلا بيع الكرم أو سرقة العامل (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) لما ذكرنا إلا أن يكون له عذر بأن عرض مرض يقعده عن العمل لا يقال ينبغي أن يأمر بأن يستأجر رجلا ليقيم على عمله، لان في ذلك ضرراً به لم يلتزمه بالمعاملة.

(بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر) يعني يجوز في المزارعة أن يمتنع صاحب البذر من العمل ولا يجبر عليه، لانه يلحقه الضرر في الحال بإلقاء بذره في الارض فلم يكن لازمة من جهته لما قدمنا، وفي بعض النسخ (على ما قدمناه) وفي بعضها على ما بينا وأشار به إلى ما ذكره في المزارعة بقوله وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه ... الخ. وأما هاهنا فرب الكرم في المضي على العقد لا يحتاج إلى إتلاف شيء من ماله فيلزمه العقد من الجانبين.

(قال) أى القدورى (فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة، والثمر يزيد بالعمل جاز) أى والحال أن الثمرة تزيد بالعمل جاز دفعه، وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية وأبو ثور. وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية لا يجوز (وإن كانت قد انتهت

قد انتهت لم يجز ، وكذا على هذا إذا دفع الزرع ، وهو بقل جاز . ولو استحصد وأدرك لم يجز ، لان العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر العمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ، ولم يرد به الشرع . بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل . قال وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لانه في معنى

لا يجوز) أي وإن كانت الثمرة قد انتهت لا يجوز الدفع .

(وكذا على هذا التفصيل إذا دفع الزرع وهو بقل جاز) أي والحال أن الزرع بقل جاز الدفع (وإن استحصد وأدرك لم يجز) أي وإن قرب حصاده لاجل إدراكه لم يجز . ولو قال وإن أدرك واستحصد يعني استحق الحصاد كان أصوب على ما لا يخفى (لان العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع) لانها جوزت بالاثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج ولم يوجد عمله . (بخلاف ما قبل ذلك) أي ما قبل التناهي (لتحقق الحاجة إلى العمل) .

فإن قلت ينبغي أن لا يجوز ، لانه جعله أجر عمله بعضاً موجوداً وبعضاً يخرج من عمله ، وهذا يمنع الجواز كما لو دفع نخلا قد طلعت على أن يقوم عليها بالنصف ، فيكون النخل مع الثمر بينهما نصفين ، وكما لو دفع أرضاً مزارعة على أن الخارج من الارض بينهما نصفان. وكما لو شرطا مع بعض الخارج للعامل ثوب أو دراهم . قلت هذا هكذا إذا كان ما شرط من الموجود يصير أجرة عمله مقصوداً لا تبعاً لما يخرج من عمله، أما إذا كان هكذا إذا كان ما يستحقه تبعاً لما يزداد من عمله ، فإن كان لا يتميز الموجود عما يزداد من عمله فإنه يجوز المعاملة ، لانه يجوز أن ينسأ لشيء تبعاً وإن لم يثبت مقصوداً ، بخلاف تلك المسائل ، لان هناك إنما يستحق الموجود مع ما يخرج من عمله مقصوداً لا تبعاً ، لان كل واحد منهما يمتاز عن الآخر .

(قال) أي القدوري (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله ، لانه في معنى الإجارة

الاجارة الفاسدة ، وصارت كالمزارعة إذا فسدت . قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك التمر ، وإن كره ذلك ورثة رب الارض استحساناً ، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط ، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر ، وبين أن ينفقوا

الفاسدة ، وصار كالمزارعة إذا فسدت) المساقاة حيث يجب أجر المثل العامل .

(قال) أى القدورى (وتبطل المساقاة بالموت لانها) أى لان عقد المساقاة (في معنى الإجارة وقد بيناه فيها) أى في الإجارة (فإن مات رب الارض والخارج بسر) ذكره تفريعا على مسألة القدورى وهو من مسائل الحال ، أى والاصل أن الخارج بسر ، وهو الذى يكون ولم ينضج (فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمرة ، وإن كره ذلك ورثة رب الارض استحساناً) وفي القياس تنتقض المعاملة بينهما ، وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافاً ، لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين .

وأشار إلى وجه الإستحسان بقوله (فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه) أى عن العامل (ولا ضرر فيه على الآخر) وهو وارث الميت ، وكان حق التركيب أن يقول على الاخرين وهم الورثة (ولو التزم العامل الضرر) بأن قال إذا أخذ نصف البسر فله ذلك، لان بقاء العقد لدفع الضرر عنه ، فإذا رضى انتقض العقد بموت رب الارض ، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بالورثة ، فحينئذ (يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط) الذى كانت بين الميت والعامل (وبين أن يعطوه) أى العامل (قيمة نصيب من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر ،

على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر ، لانه ليس له إلحاق الضرر بهم ، وقد بينا نظيره في المزارعة . ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الارض ، لان فيه النظر من الجانبين . فإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها . وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل ، لقيامهم مقامه ، وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الادراك ، لا أن يكون وارثه في الخيار . فإن أبى ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار

لانه ليس له) أى لان الشأن ليس للعامل (إلحاق الضرر بهم) أى بالورثة (وقد بينا نظيره فى المزارعة) أى نظير الحكم فى باب المزارعة عند قوله وإن أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض إقلع الزرع أصح .

(ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه) أى عمل المساقاة كما كان (وإن كره رب الارض) هذا واصل بما قبله ، وليست إن للشرط (لان فيه النظر من الجانبين) لان فى القيام على العمل النظر من جانب الارض وجانب ورثة العامل ، لان فيه تحصيل مقصودهم وتوفر حقوقهم (فإن أرادوا أن يصرموه بسراً) أى أن يفعلوا الخارج حال كونه بسراً (كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها) يعنى آنفاً (وإن ماتا جميعاً) يعنى صاحب الارض والعامل (فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه) أى مقام العامل (وهذا خلافة فى حق مالي) هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم ، لانه عرض لا يقبل النقل ، فكيف يثبت هذا الخيار لهم ؟ فقال هذا ليس من باب توريث الخيار ، بل هذا خلافة فى حق مالي مستحق عليه (وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الإدارك ، لا أن يكون وارثه فى الخيار) اى الحق المالي وهو ترك الثمار ... إلى آخره . (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك

في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا . قال وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهـــذا والاول سواء ، والعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك ، لكن بغير أجر ، لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا ، لان الارض يجوز استئجارها . وكذلك العمل كله على العامـــل ها هنا . وفي المزارعة في هذا عليهما ، لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل ، وها هنا لا أجر

إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا) أي آنفاً .

(وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهـــذا والأول سواء) أي انقضاء المدة وموت العاقدين سواء في الحكم المذكور (والعامـــل أن يقوم عليها) أي على المعاملة (إلى أن يدرك) أي البسر (لكن بغير أجر) أي أجر الشجر على العامل (لأن الشجر لا يجوز استئجاره) حتى لو اشترى ثماراً على رؤوس الأشجار ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجوز وقد مر في البيوع .

(بخلاف المزارعة في هذا) أي فيما إذا انقضت المـــدة والزرع بقل (لأن الأرض يجوز استئجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا) أي في المعاملة (وفي المزارعـة في هذا عليهما) أي في انقضاء المدة والزرع بقل على رب الأرض والعامل جميعاً (لأنه لمـا وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق العمل عليه) تقديره أن العمل في الزرع كان عليهما بقدر ملكيهما ، لأن رب الأرض لما استوجب أجر مثل الأرض على العامل لم يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انقضاء المدة .

(وهنا) يعني في صورة المعاملة (لا أجر) يعني لا يستوجب صاحب النخل بعـــد انقضاء المدة أجر مثل النخل على العامل كما كان لا يستوجب قبل انقضاء المدة لا يجـوز إجارة النخيل إلى أن يدرك الثمر ، فكان كل العمل على العامل إلى حين الإدراك ، أشار

فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها . قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات ، وقد بينا وجوه العذر فيها ، ومن جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ، ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لان في إلزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل

إليه بقوله (فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها) أي قبل انتهاء المدة ويستحق على صيغة المجهول في الموضعين . والحاصل أن في هذه الصورة لم تتغير على العامل الأجر ، وهو الانتفاع بالأشجار مجاناً ، فيكون العمل كله عليه ، بخلاف فصل المزارع لتغير الامر عليه بوجوب أجر المثل ، فافهم .

(قال) أي القدوري (وتفسخ بالاعذار) وهي ثلاثة ذكرت في المزارعة (لما بينا في الإجارات) أراد قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار جملة الاعذار في الإجارة كالعيب قبل القبض ... الخ (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الإجارات (ومن جملتها) أي ومن جملة الاعذار (أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف) بفتح السين والعين المهملتين وفي آخره فاء وهو جريد النخل يتخذ منه الزنبيل والمراوح ، قاله الكاكي . وقال الليث أكثر ما يقال له السعف إذا يبس ، وإذا كانت السعف رطبة فهي رطبة ، فيقال سعفه وسعف وسعفات . وقال الازهري يقال للجريد يقسمه سعف أيضاً ، والصحيح أن الجريد الاغصان، والورق السعف (والثمر قبل الإدراك) قيد به لانه بعد الإدراك يقسم ، فلا يخاف من السرقة (لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به) أي بالضرر ، أي بسببه .

(ومنها) أي ومن الاعذار (مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لان في إلزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل ذلك عذراً) لان في إلزام العامل أن يستأجر الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل عذراً . الحاصل أن هذا

ذلك عذراً . ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً ، فيه روايتان ، وتأويل أحدهما أن يشترط العمل بيـــده فيكون عذراً من جهته . ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن تكون الارض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله .

كالجواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال لم لا يؤمر بالاستئجار للعمل كالمكاري إذامرض قيل له ابعث الدواب على يد غلامك أو تلميذك . فأجاب بأن في إلزامه ... إلى آخـــره . وأشار بقوله ولم يلتزمه أن استئجار الاجر ليس متعارف فلا يكون مستلزمـاً ، بخلاف بعث الدواب على يد العبد أو التلميذ متعارف .

(ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً ، فيه روايتان) ذكره تفريعـاً على مسألة القدوري ، أي في كون ترك العمل عذراً روايتان في إحداهما لا يكون عذراً ويجبر على ذلك ، لان العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر ، وهو ما يلحقه بـــه من ضرر ، وهاهنا ليس كذلك ، وفي الاخرى عذر .

(وتأويل إحداهما) أي أحد الروايتين (أن يشترط العمل بيده فيكون عـذراً من جهته) يعني إذا اشترط عليه العمل بنفسه وتركه كان ذلك عذراً في فسخ المعاملة ، أمـا إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وأجرته فعليه أن يستخلف غيره فلايكون تركه العمل عذراً في فسخ المعاملة .

(ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيهـــا شجراً على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) أي هذا العقد ، وبـــه قالت الثلاثة ، وهذا من مسائل الاصل ، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري (لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة) وهو الارض (لا بعمله) أي لا بعمل العامـــل ، فصار كما لو دفع النخل والشجر ليكون النخل والثمر بينهما ، وكما إذا دفع الارض ليزرع

وجميع الثمر والغرس لرب الارض ، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ، لانه في معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعـذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله ، لانـــه لا يدخل في قيمـــة الغراس لتقومها بنفسها . وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى ، وهذا أصحهما ، والله أعلم .

ليكون الزرع والارض بينهما (وجميع الثمر والغرس لرب الارض ، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيا عمل ، لانه في معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار ببعض مـا يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد) كما لو استأجر صباغاً لصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وهو فاسد ، لانه في معنى قفيز الطحان الذي نهى رسول الله ﷺ عنه (وقد تعذر رد الغراس) بكسر الغين المعجمة وهو فـلان النخل (لاتصالها) أي لاتصال الغراس (بالارض فيجب قيمتها) أي قيمـــة الغراس . وقال الاترازي أن الضمير المؤنث راجع إليه على تأويل الاغراس . قلت لا حاجة إلى هذا التأويل ، لان الغراس جمع غرس . قال في العباب والغرس الشجر الذي يغرس والجمع أغراس وغراس ، فحينئذ تأنيث الضمير في مستحقه ، فكأنه توهم أنه مفرد ، فكذلك تكلف ما ذكره .

(وأجر مثله) أي يجب أجر المثل الغارس (لانه) أى لان الاجـر (لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها) أى بدون العمل ، والتحقيق فيه إنما يلزم صاحب الارض قيمة الغرس ، لان الغرس آلة ليجعل فيها الارض بستاناً ، فإذا فسد العقـد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة ، فيلزمه قيمتها لما تعذر ردها للاتصال بأرضه وهو عين تقومه بنفسه ، فلا يدخل أجر العمل في قيمته ، فيلزمه مع قيمة الأشجار أجر مثل عمله ، لأنه أسمي عرضاً فلا يسلم له ذلك ، فيستوجب أجر المثل .

(وفي تخريجها) أي وفي تخريج هذه المسألة (طريق آخر بيناه في كفايـة المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراء به جميع الغراس

بنصف أرضه ونصف الخارج ، فكان عدم جواز هذا العقد بجهالة الغراس نصفهـــا أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونها في معنى قفيز الطحان (وهذا أصحها) أي المذكور في الهداية أصح الطريقين ، لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه من أن يكون نصف المصبوغ كما ذكرنا ، فيكون في معنى قفيز الطحان ، والله أعلم .

كتاب الذبائح

(كتاب الذبائح)

قال الشراح كلهم : المناسبة بين المزارعة والذبائح لكونها إتلافاً في الحال للانتفاع في المال ، فإن الزراعة إنما تكون باتلاف الحب في الأرض بما يثبت فيها ، والذبائح إتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك. قلت كان ينبغي ان يذكر المناسبة بين الذبائح والمساقاة لأنها مذكورة عقب المساقاة دون المزارعة ، وكل من المزارعة والمساقاة مستندة بأداتها مخصوصة باحكامها ، ولهذا صرح كل منها بالكتاب ، ولو كانت المساقاة تابعة للمزارعة من كل وجه .

يقال بأن المساقاة على ما لا يخفى ، ولكن يمكن أن يقال ان وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح من حيث التضاد ، فان المساقاة إحياء النخل والشجر ، وفي الذبائح الإماتة . ولو قلنا إن المساقاة تابعة للمزارعة فالمناسبة بينهما ما ذكرنا ايضاً لأن في المزارعة احياء الأرض وهذا مما نسج به خاطري ، فعلى المراد أن يأتي بوجه أحسن منه وإلا فليرعوا عن القلب في عوض الغير ظناً منه انه على شيء .

ثم الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم لما ذبح وكذلك الذبح بكسر الذال وسكون الباء . قال الله سبحانه وتعالى ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ فعل بمعنى مفعول ، والذبيح المذبوح ، والانثى ذبيحة ، وإنما جاءت بالهاء لغلبة الاسم عليها ، وأصل الذبح الشق . قال كان بين فكها والفك فارة مسك ذبحت في سك ، أى فتقيت ولكنه يستعمل في قطع الاوداج . والذكاة الذبح ايضاً سمي به لأنه يجوز أن يكون في اللغة مأخوذاً من أحد الأمرين ،

إما من الحداة يقال سراج ذكي إذا كان ـ نيرا غاية ـ لأنه حينئذ في غاية الحدة، ويقال فلان زكي إذا كان سريع الفهم لحدة خاطره، ويقال مسك ذكي إذا كان يقدح غاية واما من الطهارة، قال ﷺ دباغ الأديم ذكاته ويجوز إطلاقه على الذبح لكلا المعنيين لما فيه من سرعة الموت وطهارة المذبوح عن الدم المسفوح الذي هو نجس.

ثم الذبح مباح شرعاً وغير محظور عقلاً، وقالت الأولوية والهيضانية الضلال من المجوس محظور عقلا، فلا يرون إباحة ذبح الحيوان، قالوا فيه إذهاب الربح الذي هو من اجزاء الفور، وذهب العراقيون إلى أن الذبح محظور عقلا، ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراراً بالحيوان، وقال الشيخ ابو الحسن القدوري «رح» في شرحه الذبائح محظورة بالعقل لأن الأشياء في الاصل عندنا على الإباحة إلا ما كان فيه ادخال ضرر في الحيوان.

وقال شمس الائمة السرخسي : هذا عندي باطل، لان رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل مبعثه، ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام، فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلا كالكذب والظلم والسفه.

وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل كانوا يذبحون ذبائح أهل الكتاب، وليس الذبح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة، وما فيه نوع تجويز من حيث مقدار منفعته فيجوز أن يراد الشرع بإباحته وتقدم عليه قبله نظراً الى نفعه كحجامة الاطفال وتداويه بما فيه ألم، قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر. أما الاول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه ويصطاد بنفسه قبل البعثه، وأما الثاني فلذلك يحتاج إلى دليل فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه يأكل من ذبائح اهل الكتاب قبل البعثة، فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة ؟.

(قال الذكاة شرط حل الذبيحة). قال الاترازي وهذا وقع خلاف وضع الكتاب لانه إذا ذكر لفظا قال في اول المسألة كان يشير به إلى ما ذكره في الجامع الصغير أومختصر

لقوله تعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحــــل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبىء عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها

القدوري ، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية ، وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال ، أو يقول قــال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه ، قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرةمن الكتاب لفظه قال بإضمار الفاعل وأراد بهنفسه ، فهذا أيضاً مثله ولا يلزم تعيين الفاعل .

ألا ترى انه عند إسناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعـــله ، فكذلك عند اسناده إلى نفسه ، ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدوري مـــن مسائل الجامع الصغير ، ومن لم يميز بينهما لا يستحق الخوض في الهداية (لقوله سبحانـــه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾) بعد قوله ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ﴾ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالاً .

والمترتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها ، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً (ولان بها) أي بالذكاة ، وذكر الضمير باعتبار الذبح (يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر) ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص ، وفي السنة المشهورة فخرجا من عموم الآية (وكما يثبت به) أي بالذكاة على تأويل الذبح (الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره) أي غير المأكول إلا الآدمي والخنزير ، فإن الذكاة لا تلحقهما .

قال الفقيه أبو الليث وذكر عن الكرخي أنه قال : إذا صلى ومعـــه شيء من لحم السباع وقد ذبح جازت صلاته ، ولو وقع في الماء لم ينجسه . وكان الفقيه أبو جعفر يقول هو نجس لا يجوز الصلاة معه ولو وقع في الماء أفسده ، وهو موافق لقول نصير وبه نأخذ هكذا ذكره في النوازل في كتاب الصلاة.

(فإنها تنبىء عنها) أي فإن الذكاة تنبي عن الطهارة (ومنه قوله عليه السلام ذكاة الأرض يبسها) أي ومن كون الذكاة عبارة عن الطهارة لقوله ﷺ : ذكاة الأرض يبسهـــا ، أي

وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين ، واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن . والثاني كالبدل عن الاول ، لانه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الاول ،

طهارة الأرض عن رطوبة النجاسة بيبسها بالشمس أو الهواء ، وهذا ليس بحديث . قال في الفائق : هو من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام النبي ﷺ .

قلت أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي جعفر محمد بن علي قال: ذكاة الأرض يبسها ، واخرج عنه وعن أبي قلابة قال : إذا جفت الأرض فقد ذكيت .

وروي عن عبد الرزاق في مصنفه وقال : أخبرنا معمر عن أيوب عن أبي قلابة قال : جفوف الأرض طهورها. والعجب من صاحب النهاية وشيخه الكاكي قبله كيف لم يتعرضا لهذا وسكتا عليه جزماً منهما انه حديث الرسول ﷺ ، وآفة هذه الاشياء التقليد .

وقال في القاموس [1] معناه : إذا يبست الأرض من رطوبة النجاسة فذاك يطهرها كما أن الذكاة يحل [2] الذبيحة ، وثم قال الذكاة الحياة، من ذكت النار إذا حيت واشتعلت وكان الأرض إذا نجست ماتت وإذا طهرت حيت (وهي) أي الذكاة على نوعين، أحدهما ذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين) . أراد أن ذكاة الاختيار وخرج مقدور وهو قطع الاوداج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحيين . واللبة بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة ، وفسرها الشراح بالصدر وليس كذلك ، إنما هو طرف المصدر من ناحية الصدر .

قال في العباب : اللبة النحر ، والصدر ليس بموضع النحر ، واللحى بفتح اللام ، وسكون الحاء وهو منبت اللحية من الانسان وغيره ، والثاني ذكاة (واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن) وعند بعضهم جرح مدى ، في أي محل كان، والأصل في باب الذكاة هو الأول .

(والثاني كالبدل من الأول لأنه لا يصار اليه) أي إلى الثاني (إلا عند العجز عن

---

(١) الفائق — هامش . (٢) تحل — هامش .

وهذا آية البدلية، وهذا لان الاول اعمل في إخراج الدم، والثاني أقصر فيه . فاكتفى به عند العجز عن الاول ، إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد، إما اعتقاداً كالمسلم ، أو دعوى كالكتابي ، وأن يكون حلالاً خارج الحرم .

الأول) أي عن الذكاة الاختيارية وانما قال : كالبدل ولم يقل بدل لأن الابدال عرفت بالنص ولم يرد فيه نص وقد وجدت فيه امارة البدلية،وقال : كالبدل (وهذا آية البدلية) أي المصير إلى الثاني عند العجز عن الاول علامة البدلية .

(وهذا) أي كون الاول مبدلا عنه ، والثاني كالبدل (لأن الأول أعمل في إخراج الدم) أي لأن الجرح فيا بين اللبة واللحيين اكثر عملا في اخراج دم المسفوح النجس . (والثاني أقصر فيه) أي الخروج في أي موضع كان اكثر من البدن اقتصر في اخراج الدم. (فاكتفى به) أي إذا كان كذلك اكتفى بالثاني (عند العجز عن الأول) أي عن الجرح فيا بين اللبة واللحيين .

(إذ التكليف بحسب الوسع) كلمة « إذ » للتعليل ، أي لأن التكليف بحسب وسع المكلف ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ . (ومن شرطه) أي شرط الذبح (أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ، إما اعتقاداً كالمسلم) أي إما من حيث الاعتقاد (أو دعوى كالكتابي) أي أو من حيث الدعوى كالكتابي ، فإنه يدعى التوحيد بخلاف المجوسي فإنه ليس له ملة التوحيد ولا دعوى ولا اعتقاد إلا انه يقول لصانعين احدهما خالق الخير والآخر خالق الشر ، فلا تحل ذبيحته . ولو قال صاحب ملة التوحيد إما الاعتقاد أو الدعوى كالمسلم وإما دعوى كالكتابي لكان أحسن .

(وان يكون حلالا خارج الحرم) أي ومن شرطه ان يكون الذابح حلالاً غير محرم هذا الشرط في الصيد . وأن لا يكون في الحرم ، وان المحرم لا تحل ذبيحته سواء كان في الحرم أو خارج الحرم. والحلال لا تحل ذبيحته في الحرم وله شروط غير ما ذكر، فكذلك قال : ومن شرطه ثمن البعضية . وفي الغاية فاما شرط وقوع الذكاة ذكاة أربعة أشياء :

على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، قال: وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ، ولقوله تعالى: ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ .

آلة جارحة بالاجماع ، وأن يكون الذابح ممن له ملة التوحيد على ما بيناه . والثالث ان يكون المحل من المحلات ، إما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده ، إن كان مما لا يحل اكله ، والرابع التسمية وهي شرط عندنا خلافاً للشافعي « رح » .

وفي الاجناس يعتبر في حصول الذكاة أربع شرائط : أحدها صفة في الفاعل بان يكون معتقداً بكتاب نزل في دين مقر فيه . والثاني صفة في الفعل وهو وجود ذكر الله سبحانه وتعالى في حق المذكى . والثالث صفة في الآله بان يكون ما يقطع له حدة . والرابع صفة في الموضع فيه وهو قطع الأوداج . والاوداج أربعة : الحلقوم والمرىء والودجان (على ما بيناه ان شاء الله تعالى) أي في الكتاب .

(قال) أي القدوري « رح » (وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) أراد به قوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ لأن الخطاب عام . (ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾) قال البخاري «رح» في صحيحه قال ابن عباس «رض» : طعامهم ذبائحهم .

وقال الأزهري : لا بأس بذبيحة نصارى العرب ، فإن سمعته يسمى بغير الله فلا تأكل ، وان لم تسمعه فقد أحله سبحانه وتعالى وعلم بكفرهم . ويذكر عن علي رضى الله تعالى عنه بوجه انتهى . ولا يجوز ان يحل طعامهم على غير الذبائح لأنه لو كان كذلك لم يخص بأهل الكتاب . فان قلت هذا ألم يكتف بالآية الواحدة. قلت لما استقر[1] ان يقال إلا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والمرتد والمجوسي ، فلا يكون قاطعا في الإفادة ضم اليه الآية الأخرى .

ثم ذبيحة الكتابي حلال مطلقاً سواء كان قائلاً بثالث ثلاثة أو بغير ، وقال الشافعي

---

(١) استقسم ـ هامش .

« رح » في وجه : اذا اعتقد ان المسيح والعزيز ابن الله لا يحـــل . ولا يتفاوت في كون الكتابي حربياً أو ذمياً بإجماع أهل العلم، فلو ترك الكتابي التسمية عمداً أو ذبح وسمى باسم المسيح لم تحل ذبيحته بإجماع الفقهاء وأكثر أهل العلم .

وعن عطاء «رح » ومجاهد « رح » ومكحول « رح» : إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل لأنه أحل لنا ذبيحته . وقد علم انه سيقوله ، ولنا قوله سبحانه وتعالى ﴿ وما أهــل لغير الله ﴾ أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم. فقال علي رضي الله تعالى عنه : إذا سمعتموه ويسمي بغير الله فلا تأكلوه . وهو قول عائشة « رض » وابن عمر « رض» وابن ابي الدرداء « رض » والحسن عن جماعة رضى الله تعالى عنهم . وفي المستصفى ، هذا إذا لم يعتقد أن المسيح إله ، أما إذا اعتقد فهو والمجوسى سواء فلا تحل ذبيحته ، وهذا مخالف لعامة الروايات ولظاهر الكتاب ، وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ يا أهـــل الكتاب لا تغلوا في دينكم ﴾ . مع انهم قالوا المسيح ابن الله ، وسئل ابن عباس عن ذبائحهم فقال : فقد احل الله لكم ، فقيل انهم يهلون لغير الله ، فقال إن الذي أحل ذلك منهم هو أعلم بما يقولون .

ولو ذبح الكتابي ما حرم الله سبحانه وتعالى عليه مثل كل ذي ظفر قال قتادة«رض» هي الإبل والنعام والبط وما ليس مشقوق الاصابع ، أو ذبح دابة لها شحم يخير عليه يحل عند الاكثر . وحكى عن اليهودي في المالك يذبح الشاة لا يأكل من شحمها . قال احمد « رح » : هذا مذهب دقيق ، فظاهر هذا انه لم ير صحيحاً لأنه سبحانه وتعالى قال: ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب ﴾ وهذا ليس من طعامهم ، فقال الضحاك « رح » ومجاهد وسوار ومالك والقاضي الحنبلي ، وقلنا المراد من طعامهم ذبائحم عما ذكرنا ولأن المراد من طعامهم لا يجوز ان يكون عاماً بالاتفاق لأن الخنزير والميتة والدم من طعامهم وهو حرام بالاجماع .

وقولنا قول عمر وعلي « رض » وابن مسعود « رض » وعائشة « رض » وأبي الدرداء وابن عباس وابن عمر وأبي أمامة الباهلي وعبادة بن الصامت والعرباض بن سارية وأكثر الصحابة والتابعين رضى الله عنهم ، ثم عند الشافعي « رح » : كل من دخل في دين كتابي

بعد بعث النبي ﷺ واولاده لا يحل ذبيحته ولا ذبيحة من يخرج من دين كتابي الى كتابي كالمرتد عن الإسلام، والمتولد من كتابي وغير كتابي يحل صيده وذبيحته وبه قال الشافعي «رح» في قول ومالك وأحمد: إذا كان الأب كتابياً وإلا لا تحل في رواية عن أحمد وفي قول لا يحل تغليباً للحرمة، وعندنا هو تبع خير الأبوين ديناً.

وقال الكرخي في مختصره ويجوز ذبح الصابئين عند أبي حنيفة «رض» وهم أهـل كتاب وهم فرقة من النصارى عنده. وليس يريد الضرب الآخـر من الصابئين الذين لا يؤمنون بعيسى عليه السلام ولا يقرون بنبوته ولهم شرع آخر ليس النصارى عليه، فهؤلاء لا تؤكل ذبائحهم.

وقال القدوري «رح» في شرحه وإنمـا أجاب أبو حنيفة «رح» على من يؤمن بنبي وكتاب ويعظم الكواكب لتعظيم المسلم القبلة وهما حملا الأمر على من يعظم الكواكب، أو يعظم عباده، فهو عابد وثن، فلا يجوز اكل ذبيحته. ثم قال القدوري: وحال هذه الفرقة مشكلة لأنهم يدينون بكتمان اعتقادهم فلا يعرف حالهم.

فأما حمل ابي الحسن لقول أبي حنيفـة «رح» على صابىء يؤمن بعيسى عليه السلام فهو من لا يعرفه منهم، وإنما يؤمنون بإدريس عليه السلام ويعظمونه دون غيره من الأنبياء. وقـال أبو بكر الرازي «رح» في شرحه لمختصر الطحاوي. لا خلاف بينهم في المعنى في هـذه المسألة. وذلك ان الصابئين طائفتان: طائفة منهم يحلون دين المسيح عليه السلام ويقرون بالإنجيل، وهم في ناحية البطيحة من عمل واسط، فهؤلاء في قولهم جميعاً تؤكل ذبائحهم. وفرقة أخرى من الصابئين في ناحية حران وديار ربيعة، لا ينحلون كتابا لنبي ويعبدون الكواكب والأصنـام فهؤلاء أهل الأوثان لا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم في قول أصحابنا جميعاً.

(ويحل إذا كان) لذابح (يعقل التسمية) وقيل يعقل لفظ التسمية، وقيل يعلم ان حل الذبيحة بالتسمية. وقال شيـخ الإسلام خواهر زاده «رح» في شرح المبسوط ويعقل التسمية والذبيحة بأن كان يعقل انه يباح بالتسمية، ولا يباح بغير التسمية، وذلك لأنـه

والذبحة ويضبط وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة . أمـــا إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبحة لا تحل ، لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص ، وذلك بالقصد وصحة القصد بمـــا ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا .

متى لم يعقل التسمية لا يصح منه التسمية كالايصح منه الإسلام متى لم يعقل الشهادة ولا البيع ولا النكاح إذا لم يعقل المعاملات. والتسمية شرط الإباحة وقال في الأصل أرأيت الصبي يذبح ويسمي هل تؤكل ذبيحته . قال إن كان يضبط ويعقل التسمية والذبيحة فلا بأس به ، وإن كان لا يعقل ذلـك فلا (والذبحة) أي ويعقل الذبيحة . وفي النسخ الصحيحة والذبحة بكسر الذال وسكون الباء ، والمعنى ويعقل كيف الذبح . (ويضبط) شرائط الذبح من قطع الأوداج وغيره وضبط الشيء حفظه بالحرم .

(وإن كان صبياً) أي وإن كان الذابح صبياً بعد أن كان يعقل ويضبط ، (أو مجنونا) قال السفناقي « رح » أي معتوها ، فالمجنون لا قصد له ولا بد منـــه كما ذكر في الحجر هكذا ، وبه قـال الشافعي « رح » في الأظهر ومالك « رح » وأحمد « رح » : وإذا كانا لا يعقلان لا يصح ، وبـه قـال مالك « رح » وأحمد « رح » والشافعي « رح » في وجه وفي وجه يصح .

وفي كتاب التفريع للمالكية ولا يجوز ذبيحة السكران ولا المجنون (أو امرأة) أي أو كان الذابح امرأة ولا خلاف فيه (أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية ، والذبحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد مما ذكرنا) أي بما إذا كان يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة العقد بما ذكرنا أي بما إذا كان يعقل التسمية والذبيحة (والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا) أشار به إلى الآيتين وهمـــا قوله سبحانه وتعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ لأن الخطاب عام وإنما قيد بالأقلف احترازاً بما روي عن ابن عبـاس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يكره ذبيحته. وفي الدراية ولا خلاف فيه لعامة العلماء إلا ما

واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر. قال: ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا

ما روي عن ابن عباس « رض » انه قال: شهادة الأقلف وذبيحته لا يجوز، وهو رواية عن أحمد وذبيح الأخرس يجوز بإجماع العلماء ولا خلاف فيـــه، والأقلف الذي لم يتخير وهو الأقلف، وهو من القلفة، وهي الجليلة التي يقطعها الختان من رأس الذكر، وكذلك القلفة أشار به إلى الآيتين. وهما قوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ وقوله سبحانــه وتعالى. ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب ﴾ لأن الخطاب عام.

(واطلاق الكتابي) يعني في القدوري وطعامه وذبيحة المسلم والكتـــابي حلال. (ينتظم الكتـــابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي) عطف التغلبي على العربي من عطف الخاص على العـــام لأن تغلب قوم فلاحون يسكنون بعرب الروم وهو بفتح التاء المثناة وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وفي آخره باء موحدة، والتسمية اليه تغلبي بفتح اللام استيحاشا لتوالي الكسرتين مع ياء النسب. وربما قالوه بكسرها، لأن فيه حرفين غير مكسورين وفارق النسبة إلى نمر.

وقال الكرخي في مختصره: ولا بأس بـــذبح نصارى بني تغلب الفلاحين وغيرهم، وذلك لأنهم على دين النصارى وان لم يتمسكوا بكل شرائعهم فصاروا كالنصارى الأصليين إذا لم يتمسكوا ببعض الشرائع.

وفي شرح الأقطع: وقد قـــال الشافعي « رح » ان ذبائح بني تغلب وذبائح نصارى العرب لا تؤكل، وهذا لا يصح (لأن الشرط قيام الملة على ما مر). أشار به إلى قوله: ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إمـــا اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي، قيل فيه نظر لأن وجود الشرط لا يستلزم المشروط، وأجيب بأنه شرط في معنى العلة فافهم.

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تحل [1] ذبيحة المجوسى لقوله ﷺ « سنوا بهم

---

(١) ولا تؤكل

آ كلي ذبائحهم ولانه لايدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى.

سنه أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ») . وفي بعض النسخ ولا تؤكل ذبيحة المجوسي ، وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب وانما المروي هو الذي أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة رحمهما الله في مصنفيهما عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي رضي الله تعالى عنه ان النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ، فإن قلت هذا مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع .

وقد اختلف فيه قال ابن القطان : وهو ممن ساء حفظه بالقضاء كشريك وابن أبي ليلى « رح » . ولأجل هذا ذهب بعض أهل الظاهر ان حكم المجوسي كحكم الكتابي وروى ذلك ايضاً عن ابن المسيب « رض » نسب هذه الرواية وإن كانت مرسلة فقد رواه الواقدي « رح » مسنداً ، قال ابن سعد في الطبقات اخبرنا محمد بن عمر الواقدي « رح » حدثني عبد الحكيم بن عبد الله بن أبي فروة عن أبي عبد الله بن عمرو بن سعيد ابن أبي سعيد بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فان أبوا عرض عليهم الجزية بأن لا تنكح نساءهم ولا تؤكل ذبائحهم ولئن سلمنا انه مرسل فالمرسل حجة عندنا خصوصاً إذا عمل به أكثر الصحابة وأكثر التابعين «رح» والفقهاء .

وروى أحمد بن حنبل باسناده انه ﷺ قال : « إذا نزلتم بناس نبطياً فاذا اشتريتم لحما فان كانت من يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كان من مجوسي فلا تأكلوا » . قال ابراهيم الحرني خرق أبو ثور الإجماع . روى عن ابن المسيب « رض » خلافه وقال البيهقي وقد تأكد هذا المرسل بالإجماع ، ولا خلاف ان صيدهم السمك والجراد يباح اكله . وما روي عن ابن عباس « رض » في تحريم صيدهم باسناده كيف ما روى عن حذيفة في جواز نكاحهم فغير صحيح .

(ولأنه) أي المجوسي (لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى) أي من حيث الاعتقاد ومن حيث الدعوى . وقد مر أن الشرط أن يكون الذابح من أهل ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم أو دعوى كالكتابي ، ولم يوجد واحد منهما في المجوسي .

قال والمرتد لانه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله. قال والوثني لا يعتقد الملة.

(قال) أي القدوري « رح » (والمرتد) بالجر عطفاً على قوله المجوسي يعني لا يؤكل ذبيحة المجوسي وذبيحة المرتد. ولا خلاف في المرتد أنه لا تؤكل ذبيحته (لأنه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل إليه) من الدين الباطل فصار كالوثني الذي لا دين له فلا تؤكل ذبيحته.

(بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه) يعني النصراني إذا تهود، واليهودي إذا تنصر، فانما تنصر على ما انتقل إليه بخلاف ما لو تمجس، فانه لا تؤكل ذبيحته بلاخلاف. وعند الشافعي « رح » وداود لا تؤكل ذبيحته إذا تحول إلى غير دينه مطلقاً، لأن لخروجه إلى غير دينه نقض الذمة فيباح قتله، فصار كالكفر الأصلي. قلنا إذا تحول دين كتابي يكون من أهل الملة دعوى حال الذبح وقبله، والكفر كله ملة واحدة. وإن ارتد غير الكتابي إلى دين أهل الكتاب اكلت ذبيحته نظراً إلى حاله ودينه في حال ذبحه دونما سواه. كذا في مختصر الكرخي « رح » (لأنه) أي لأن الكتابي (يقر عليه) أي على الذي انتقل إليه (عندنا) خلافاً للشافعي « رح » كما ذكرنا (فيعتبر ما هو عليه) أى يعتبر الذي كان هو – أى المرتد – عليه (عند الذبح لا ما قبله) أي لا يعتبر ما كان قبل الذبح وهو الاسلام لأنه كان مسلماً قبله فلا يعتبر ذلك الذبح لوجوده مرتداً عنده، ويجوز أن يتعلق قوله فيعتبراه بمسألة الكتابي، أى يعتبر ما كان هو عليه من اليهودية أو النصرانية وقت الذبح. فان كان حينئذ يهوديا أو نصرانيا جاز وان لم ينقل بأن انتقل إلى دين المجوسي لا يجوز ولا يعتبر ما قبله، وان كان مجوسياً قبل الذبح ثم تنصر أو تهود، يوجد يهوديا أو نصرانياً عند الذبح يجوز. فافهم.

(قال) أي القدورى « رح » (والوثني) بالجر أيضاً أى ولا تحل ذبيحة الوثني وهو الذى يعبد الوثن، وهو الصنم لأنه ليس له ملة التوحيد (لا يعتقد الملة) لا

قال والمحرم يعني من الصيد ، وكذا لا يؤكل مـــا ذبح في الحرم من الصيد والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم ، وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم. فلم تكن ذكاة

دعوى ولا اعتقاداً (قال والمحرم) أي قال القدوري « رح » ولا تحل ذبيحة المحرم وقال المصنف « رح » (يعني من الصيد) وهـذا القيد لا بد منه لأنه تحل ذبيحته من الأهـالي (وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد) سواء كان الذابح محرما أو حلالاً ، وينبغي أن يقرأ ما ذبح على صيغة بناء المفعول على ما لا يخفى على الفطن .

(والاطلاق في المحرم) أى الإطلاق بقوله والمحرم (ينتظم الحل والحرم) يعني يشتمل ما ذبح في الحل ومـــا ذبح في الحرم ، لأن الذكاة فعل مشروع وذبح المحرم الصيد ليس بمشروع ، وكذا ذبح الصيد في الحرم ليس بمشروع سواء كان حل حلال أو محرم ، اشار اليه بقوله (والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم) لأنه لحق الله سبحانه وتعالى .

(وهذا) أى استواء الحلال والمحرم في ذبح صيد الحرم (لأن الذكاة فعل مشروع) بالنص (وهذا الصنيع محرم) أى المحرم قتل الصيد محرم بالنص وهو قوله تعالى ﴿ ولا تقتلوا الصيـــد وأنتم حرم ﴾ . ونهى عن الفعل الحسي وموجبه انعدام المشروعية . والذكاة فعل مشروع فلا يكون فعله ذكاة قيل الأول أن يكون معنى قوله ولهذا الصنيع أى الذبح في الحرم محرم وسياق الكلام يدل على هذا . فان قلت قتل الشاة المغصوبة محرم وتؤكل بقوله ﷺ : أطعموها الأسارى قلت شاة غير المحرم صـالحة للذبح،والذابح أهل وإنما حرم لتعلق حق الغير به . ولهذا لو كانت المصلحة في ذبحها بأن أشرفت على الهلاك يجوز ذبحها فكانت حراماً لغيره فتحل .

أما صيد الحرم فالذابح وإن كان أهلها ، لكن الصيد لم يبق محلا لثبوت صفة الأمان فيه فكان حراماً لعينه فافترقا (فلم تكن ذكاة) أى إذا كان كذلك فلم يكن ذبح المحرم

بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكـــذا لا يحرم ذبحه على المحرم . قال وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسياً أكل . وقال الشافعي أكل في الوجهين ، وقال مالك لا تؤكل في الوجهين .

ذكاة ، (بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع) أي لأن ذبح المحرم غير الصيد مشروع ، (إذ الحرم لا يؤمن الشاة) ونحوهامن النعم ، والأمن انما يثبت بالنص للصيد . (وكـــذا ذبيحته لا تحرم على المحرم) لان الاصل حل الذبح والحرمة تثبت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه .

(قال) أى القدوري (وإن ترك الـذابح التسمية عمداً) أى ترك عمداً ويجوز أن يكون حالاً أى حال كونه عامداً (فالذبيحة ميتة لا تؤكل) وكذا الكتابي إذا ترك التسمية عامداً لم تؤكل ذبيحته ، وإن كان ناسياً تؤكل وهو في منزلة المسلم كذا قالـــه الكرخي « رض » في مختصره . (وان تركها ناسياً اكل) أى وان ترك الذابح التسميـة حال كونه ناسياً أكل ما ذبحه .

(وقال الشافعي « رح » أكل في الوجهين وقال مالك « رح » لا تؤكل فيالوجهين) أى فيما تركها عامداً أو ناسياً وبه قال أحمد « رح » في رواية وهكذا ذكر عنه في المنظومة وليس كذلك بل هذا هو ما ذكره ابن قدامة في المغني ان عند مالك تحل اذا تركها ناسياً ولا تحل إذا تركها عامداً . وذكر ابن الجلاب في كتاب التفريع والتسمية شرط في صحة الذبيحة فمن تركها عامداً لم تؤكل ذبيحته . واذا تركها ناسياً أكلت ذبيحته انتهى .

المشهور عن أحمد « رح » مثل قولنا وقال الحربي ومن ترك التسمية على صيد عامـــداً أو ساهياً لم يؤكل ، وإن تركت التسمية على ذبيحته عامداً لم تؤكل . وإن تركها ساهيـــاً أكلت ذبيحته ، انتهى . وهذا هنا مروي عن ابن عباس « رض » وطاووس وابن المسيب « رض » والحسن والثوري واسحاق وعبد الرحمن بن أبي ليلى « رح » وجعفر « رح » ،

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي « رح » مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً . وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً . فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم .

وفي التيسير في سورة الأنعام وداود بن علي « رح » يحرم متروك التسمية ناسياً . وقال في النوازل في قول بشير لا يؤكل إذا ترك التسمية عامداً أو ناسياً .

وقال القدوري « رح » في شرحه لمختصر الكرخي وقد اختلف الصحابة في النسيان، فقال علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم إذا ترك التسمية ناسياً أكل ، وقال ابن عمر « رض » لا يؤكل . والخلاف في النسيان يدل على اجماعهم في العمد فإن قلت كيف صورة الناس متروك التسمية عمداً ؟ قلت أن يعلم أن التسمية شرط وتركها مع ذكرها ، أما لو تركها من لم يعلم باشتراطها فهو في حكم الناسي . ذكره في الحقائق .

(والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء) حتى أن الكتابي إذا تركها عامداً لا تؤكل ، وإذا تركها ناسياً تؤكل ، وقد ذكرناه (وعلى هذا الخلاف) المذكور (إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي) أي رمي السهم إلى الصيد فعند الشافعي « رح » يؤكل في الوجهين وعند مالك لا يؤكل في الوجهين ، وعندنا بالتفصيل المذكور (وهذا القول من الشافعي « رح » مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً) أي القول بجواز أكل متروك التسمية عامداً مخالف للإجماع لأن الإجماع انعقد على عدم جوازه قبل الشافعي « ره » فالمخالف الاجماع المنعقد قبله خارق للاجماع فلا تسمع (فمن مذهب ابن عمر « رض » انه يحرم) أشار بهذا إلى بيان الخلاف في متروك التسمية ناسياً فلذلك ذكره بالفاء أي يحرم متروك التسمية ناسياً .

وذكر أبو بكر الرازي « رح » في الأحكام أن قصاباً ذبح شاة ونسي أن يذكر اسم

ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامداً ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامداً لا يسع فيـــه الاجتهاد . ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع . له ، قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أم لم يسم

الله سبحانه وتعالى عليها فأمر ابن عمر « رض » غلاماً له أن يقوم عنده فإذا جـاء إنسان يشتري يقول له أن ابن عمر « رض » يقول لك ان هذه شـــاة لم تذك فلم يشتر منها شيئاً .

(ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أنه يحل) أي متروك التسميـة ناسياً يحل . وفي موطأ مالك « رح » عن يحيى بن سعيد أن عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما سئل عن الذي ينسى أن يسمي الله سبحانه وتعالى على ذبيحته فقال يسمي الله ويأكل ولا بأس . وقال الرازي في الأحكام وذكر عن علي وابن عباس « رض » ومجاهـد وعطاء وابن المسيب والزهري وطاوس قالوا لا بأس بأكل ما نسي أن يسمى الله عليـــه عند الذبح . وقالوا إنما هو على الملة (بخلاف متروك التسمية عامداً) حيث لم يختلف أحد من الصحابة والتابعين « رح » في حرمته (ولهذا) أي ولأجل انعقاد الاجماع على تحريم متروك التسمية عامداً .

(قال أبو يوسف « رح » والمشايخ « رح » أن متروك التسمية عامداً لا يســـع فيه الإجهاد ولو قضىٰ القاضي بجواز بيعه) أي بيع متروك التسمية عامداً (لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع) والقاضي إذا قضى بما يخالف الكتاب والسنة والاجمـــاع يرده كما إذا قضى بما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع من أقوى الحجج ، فلا يجوز مخالفته بلا خلاف .

(له) أي للشافعي « رح » (قوله ﷺ « المسلم يذبح على اسم الله سبحانه وتعالى سمى أو لم يسم) والحديث بهذا اللفظ غريب ولكن جاءت أحاديث في معناه منها ما أخرجه

الدارقطني ثم البيهقي عن محمد بن يزيد بن سنان عن عبيد الله الحريري عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قال « المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل » .

ومنها ما أخرجه الدارقطني « رح » أيضاً عن مروان بن سالم عن الأوزاعي عن عيسى ابن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة « رض » قال سأل رجل النبي ﷺ « الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي الله سبحانه وتعالى » ، قال « اسم الله على كل مسلم وفي لفظ على فم كل مسلم » .

ومنها ما رواه أبو داود « رح » في المراسيل فقال حدثنا شداد [1] قال حدثنا عبد الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت عن النبي ﷺ قال « ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله تعالى أو لم يذكر » . والجواب أما الحديث الأول فقال ابن القطان في كتابه ليس في هذا الاسناد من يتكلم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان وكان صدوقاً صالحاً لكنه كان شديداً . وقال غيره معقل عن عبيد الله وإن كان من رجال مسلم لكنه أخطأ في رفع هذا الحديث وقد رواه سعيد بن منصور وعبد الله بن الزبير الحميدي عن سفيان عن عيينة عن عمر عن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس قوله ذكر البيهقي وغيره فزاد في إسناده أبي الشعثاء ووقفاه وقال ابن الجوزي « رح » في التحقيق معقل هذا مجهول ويعقبه صاحب التنقيح فقال بل هو مشهور وهو ابن عبيد الله الجريري أخرج له مسلم في صحيحه .

واختلف قول ابن معين فيه فمرة وثقه ومرة ضعفه . وقد ذكره ابن الجوزي في الضعفاء فقال معقل بن عبيد الله الجريري . يروي عن عمرو بن دينار وقال يحيى ضعيف لم يزد على هذا ومحمد بن يزيد بن سنان الحريري هو ابن أبي فروة الرهاوي. قال أبو داود ليس بشي . وقال النسائي ليس بالقوي وقال الدارقطني ضعيف وذكره ابن حبان في الثقات والصحيح أن هذا الحديث موقوف على ابن عباس « رض » هكذا رواه ابن سفيان عن عمرو بن

---

(١) معداد .

ولان التسميـــة لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعـذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة . ولو كانت شرطـاً فالملة أقيمت مقامها كما في النـاس

دينار عن جابر بن يزيد عن عكرمة عن ابن عباس انتهى كلامه قلت أخرجه كذلك عبد الرزاق في مصنفه في الحج حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال « ان في المسلم اسم الله فان ذبح ونسي أن يذكر اسم الله فليأكل وإن ذبح المجوسي وذكر اسم الله فلا يأكل » .

وأما الحديث الثاني فقال الدارقطني مروان بن سالم ضعيف وأعله ابن القطان أيضاً به ، وقال هو مروان بن سالم الغفاري وهو ضعيف . وليس مروان بن سالم المكـي . ورواه ابن عدي في الكامل وأسند تضعيفه عن أحمد والنسائي وتابعها . وقال عامة مـا يرويه لا يتابعه الثقات عليه .

وأما الحديث الثالث فإنه مرسل وهو ليس بحجة عنده . وقال ابن القطان وفيه مع الارسال أن الصلب السدوسي لا يعرف له حال ولا يعرف تغير هذا ولا روى عنـه غير ثور وابن يزيد والله سبحانه وتعالى أعلم .

(ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بالنسيان[1] كالطهارة في باب الصلاة) لأن شرط الشيء مـا يتوقف على وجوده ولا يفترق الحال بين النسيان والعمـــد كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة فإن من نسي الطهارة لا تجوز صلاته كما لو تركها عمـــداً وإنما يفرق بينهما في الموجودات كالأكل والشرب في الصوم (ولو كانت) بين التسمية (شرطا فالملة أقيمت مقامها) يعني ولئن سلمنا أن التسمية شرط ، لكن الملـــة أقيمت مقامها ،(كما في الناسي) كما أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي وإليه أشار النبي ﷺ عن من ذبح فترك التسمية ناسياً قال : كلوا فإن تسمية الله تعالى في قلب كل من أرى مسلم .

---

(١) لما سقطت بعذر النسيان .

ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾. الآية نهي وهو للتحريم.

(ولنا الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ الآية نهي وهو للتحريم) وجه الاستدلال ان الله سبحانه وتعالى نص على تحريم متروك التسمية عمداً لأنه نهي . والنهي لمطلق التحريم ويدل عليه قوله سبحانه وتعالى ﴿ وانه لفسق ﴾ وأكد النهي بحرف من لأنه في موضع النهي للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه ، والهاء في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وانه لفسق ﴾ ان كانت كناية عن الأكل في الفسق أكل الحرام وإن كانت كناية عن المذبوح . فالمذبوح الذي يسمى فسقاً يكون حراماً كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أو فسقاً أهل لغير الله به ﴾ . وفي الآية بيان أن الحرمة لعدم ذكر اسم الله سبحانه وتعالى ، لأن التحريم يوصف بذلك الوصف وهو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة . وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين ، فإن الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله سبحانه وتعالى على أنه وإن ذكر اسم الله سبحانه وتعالى لا يحل فإن قلت ما سوى حالة الذبح فليس بمراد بالاجماع . وأجمع السلف على أن المراد حالة الذبح فلا يكون مجملا.

فإن قلت لا نسلم أن المراد منه الذكر باللسان بل المراد منه الذكر عليه مطلقاً . والذكر بالقلب ذكر . قال الله سبحانه وتعالى ﴿ رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله ﴾ . والمراد منه الذكر بالقلب وقول القائل :

الله يعلم أني لست أذكره   وكيف أذكره إذ لست أنساه

قائل الذكر والنسيان عمل القلب . فكذا الذكر قلت المراد بالنص الذكر باللسان وذلك لأن الله سبحانه وتعالى ذكر الذكر عليه . والذكر عليه لا يكون إلا باللسان ،لأن الذكر عليه أن يقصد إيقاع الذكر عليه ، وإنما يقصد إلى الذكر بعد العلم به ، لأن القصد إلى ما لا يعلم محال وهذا لا يتصور بالقلب ، لأنه لما خطر بالبال صار معلوماً موجوداً . فكيف يتصور القصد إلى إيقاعه .

فإن قلت الذكر بالقلب مراد بالاجماع ، فلا يكون الذكر باللسان مراداً وإلا لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز . لأن الذكر من حيث القلب حقيقة لأن مدة النسيان تكون

بالقلب أو العموم للمشترك . قلت لا نسلم بذلك لأن الذكر للأمرين حقيقة لوجود الاستعمال فيهما عرفاً وشرعاً ، وضد الذكر والسكوت أيضاً . وهو يكون باللسان فكان حقيقة فيهما ولا يلزم عموم المشترك لأنه مشترك معنوي وهو المطلق لا المشترك اللفظي.

فإن قلت الناسي مخصوص بالاجماع ولو أريد به ظاهره لجرت الحاجة في السلف والانعقاد وارتفع الخلاف فيخص العامل بالقياس . وخبر الواحد . قلت الناسي غير مخصوص لأنه ذاكر تقدير الكلام القياس المسلمة مقام الذكر في حق الناسي بالحديث . وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف . والعامد غير معذور .

وقال تاج الشريعة « رح » فإن قلت حالة النسيان مخصوصة ، قلت لو خصت حالة العمد يؤدي إلى إلغاء النص ، انتهى . قلت الناسي لا يخلو إما أن يكون مراداً منها أولا فان كان مراداً لا يكون مخصوصاً وحينئذ يلزم إرادة العامد بالطريق الأولى . وإن لم يكن مراداً يلزم إرادة العامد عيونا للنص عن التعطيل.

فإن قلت المراد بالآية الميتة لأن سبب نزول الآية مجادلة المشركين فى الميتة ، حيث قالوا يأكلون ما يقتلونه ولا يأكلون ما قتله الله سبحانه وتعالى ، قلت سلمنا السبب ولكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لأن اللفظ هو الذي يدل على الحكم لا السبب . فلو كان مختصاً بالسبب لم يتجاوز حكم الشرع مكة والمدينة لأن سائر الاسباب ثمة واللفظ عام لأن قوله سبحانه وتعالى ﴿ ما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ يتناول الميتة وغيرها مما لم يذكر اسم الله تعالى .

فان قلت النصوص معارضته لهذا النص منها قوله سبحانه وتعالى ﴿ كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً ﴾ ومنها قوله سبحانه وتعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ استثنى الذكاة من المحرمات وهذه مذكاة ، لأن الذكاة هي الجرح بين اللبة واللحيين . ومنها قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه ﴾ بيانه ان الله سبحانه وتعالى أمر نبيه ﷺ أن يخبر انه لا يحرم سوى المذكورات في هذه الآية . ومتروك

والإجماع هو ما بينا ، والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه السلام قـــال في آخره فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ، علل الحرمة بترك التسمية ،

التسمية غير مذكور في هذه الآية ، فكان حلالاً .

قلت أمـــا الجواب عن الآية الأول فيقول نحن بموجب ذلك لأن سبحانه وتعالى أمر بأكل الحلال لا الحرام ، ومتروك التسمية عامداً حرام ، بما تلونا فلا يرد علينا . والجواب عن الآية الثانية فيقول ليس المراد نفي الحرمة عما سوى المذكور من هذه الآية مطلقـاً ، لأن لحم الكلب ولحم الحمار والبغل حرام ولم يذكر في هذه الآية ، بل المراد منه انـه لم يجد محرماً مما كانوا يعتقدونه حراماً في هذه الآية ، والدليل عليه ما ذكر قبل هذه الآية وهو قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قل آلذكرين حرم أم الأنثيين ﴾ إلى أن قال ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً ﴾ .

فإن قلت ذبيحة أهل الكتاب حلالاً ، وإن كان متروك التسمية ، لأن ما يعتقدونـه انها ليست بآلة حقيقة ، فعلم أن التسمية ليست بشرط .

قلت إنما حل ذبيحة الكتابي لأنه وجد ذكر اسم الله تعالى من حيث الضرورة لأنهم يدعون ملة التوحيد فاكتفى بذلك القدر في حق الحل، ألا ترى أنا إذا سمعنا انهم يذكرون اسم الله عزيزاً واسم المسيح عند الذبح يقول بحرمة ذبائحهم ، ولهذا يقول بحرمة ذبيحة المجوسي لأنه لا يدعي ملة التوحيد .

(والإجماع وهو ما بينا) ، أشار به إلى قوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً إلى آخره . (والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله تعالى عنه فإنه ﷺ قـــال في آخره : فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ، علل الحرمة بترك التسمية) حديث عدي . هذا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم . عن عدي بن حاتم قلت : « يا رسول الله ﷺ ، إني أرسل كلبي واسمي ، فقـــال « إذا أرسلت كلبك وسميت ، فأخذ فقتل فكل ، وإن أكل منه فلا تأكل . فانما أمسك

على نفسه » قلت : إني أرسل كلبي أخذ معه كلباً آخر ولا أدري أخذه ، فقال : « لا تأكل » فقلت : إنما سميت على كلبي ولم اسم على كلب آخر . رواه البخاري عن آدم عن شعبة عن عبد الله بن أبي السفر عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه قال : قلت يا رسول الله ﷺ ، إلى آخره .

وروى البخاري أيضاً وقال حدثنا موسى بن اسماعيل عن ثابت بن يزيد عن عاصم عن النبي ﷺ : إذا أرسلت كلبك وسميت فأمسك فقتل فكل وإن أكل فلا تأكل ، فإنما أمسك على نفسه وإذا خالط كلاباً لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل ، فإنك لا تدري أيها قتل » انتهى .

وهذا كله يدل على حرمة متروك التسمية عامداً ، لأنه ﷺ علل الحرمة بترك التسمية عامداً . فإن قلت ما الدليل على ان المراد هو العمد ، قلت : روى سعيد بن منصور بإسناده عن راشد بن سعيد قال ، قال رسول الله ﷺ : « ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم إذا لم يتعمد » .

(ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه) أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لأن قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ، يشمل العمد والنسيان جميعاً ، لعدم القيد بأحدهما . وقال صاحب العناية واستدل مالك « رح » بظاهر قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ، فإن فيه النهي بالمنع وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن كل متروك التسمية ، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعي « رح » لأنه مذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنهما .

قلت قدمنا ان مذهب مالك « رح » ليس كذلك وإنما مذهبه كمذهبنا كما صرح به اصحابنا [1] في كتبهم والعجب من صاحب العناية لم يبينه على هذا مع قدرته على كتب المالكية حتى قدر مذهبه بما قرره ، ثم قال وهو أقرب . فكأنه رأى هذا صواباً ،

(١) أصحابه

ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج مالا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع . والسمع غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول والإقامة في حق الناسي وهو معذور . لا يدلى عليها في العامد ولا عذر . وما رواه

وعجب منه صاحب الهداية مع جلالة قدره نسبته إلى مالك ما ليس بمذهبه . ثم قرره ثم أجاب عنه (ولكننا نقول في اعتبار ذلك) أي النسيان (من الحرج ما لا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع) بالنص وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ . فيحمل على حالة العمد دفعاً للتعارض (والسمع) أي المسموع في هذا الباب من الآية والحديث (غير مجري على ظاهره) من حيث لم يرد منه العموم ظاهراً ، (إذ لو أريد به) أي لأنه لو أريد النسيان بالنص (لجرت المحاجة) أي التحاجج بين الصحابة بالآية (وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول)وهم الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

تقرير هذا الكلام أن الصحابة اختلفوا في متروك التسمية ناسيا ولم يحتج من قال حرمت بالآية . فلو جرت الحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم . فيه نظر انقياد من قال يحل متروك التسمية ناسياً ورجع عن قوله حيث لم تجر الحاجة ولم يرجع الخلاف علم أن الآية متروك الظاهر وليس المراد به النسيان بل المراد منه العمد. (والإقامة) مرفوع بالابتداء . وجواب عن قول الشافعي « رح » أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي . ينبغي أن يقام أيضاً مقامه في حق العامد وتقريره أن إقامة الملة مقام التسمية (في حق الناسي وهو معذور) أي والحال انه معذور (لا يدل عليها) خبر المبتدأ أعني قوله والإقامة . أي لا يدل على الإقامة . (في حق العامد ولا عذر) أي والحال انه لا عذر موجود في العمد وذلك لأن النسيان من قبل من له حق أقام الملة مقام التسمية فجعله عذراً . والعامد ليس بمعذور ، فلا يقاس على الناسي لأنه ليس في معناه .

(وما رواه) أي ما رواه الشافعي « رح » من قوله ﷺ « المسلم يذبح على اسم الله

محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لأن المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الاصابة وتشترط عند فعل يقدر عليه

سمى أم لم يسم (محمول على حالة النسيان) بدليل ما روي في حديث راشد بن سعيد «رض» إذا لم يتعمد .

فإن قلت روى البخاري « رح » باسناده إلى عائشة « رض » أنها سألت النبي ﷺ وكانت الاعراب قريبوا عهد بالاسلام يأتونها باللحم فلا ندري أسموا عليه أم لم يسموا، فقال ﷺ « سموا أنتم وكلوا » . فلو كانت التسمية شرطاً للحل لما أمرها بالأكل عند الشك فيها . قلت هذا دليل لنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية . فذلك دليل على أنه كان معروفاً عندها أن التسمية من شرائط الحل ، وإنما أمرها بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً ، كمن اشترى لحماً في السوق يباح التناول بناء على الظاهر وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي .

(ثم التسمية في ذكاة الإختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح) أراد أن التسمية في الذكاة الإختيارية تقع على الذبح فيشترط عند الذبح . وفي التحفة ينبغي أن يريد بالتسمية التسمية على الذبيحة أما لو أراد التسمية عند افتتاح العمل لا يحل . (وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي) أي إرسال الكلب ونحوه ورمي السهم . (وهو على الآلة) أي التسمية هنا على الآلة وهي السهم والكلب . وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد (لأن المقدور له في الأول الذبح) أي المقدوري للذابح في ذكاة الإختيار الذبح .

(وفي الثاني الرمي والإرسال) أي المقدور له في ذكاة الإضطرار رمي السهم وإرسال الكلب (دون الإصابة) ، يعني الإصابة ليست في قدرته عند الرمي والإرسال . (فيشترط عند فعل يقدر [1] عليه) أي إذا كان كذلك فيشترط التسمية عند الفعل

---

(١) يقتدر .

حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز. وان رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل . وكذا في الارسال. ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ولو سمي على سهم ثم رمي بغيره صيداً لايؤكل قال ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان

الذي يقدر عليه في الأول يتعذر على الذبح وفي الثاني على الرمي والإرسال دون الإصابة .

(حتى إذا أضجع شاة) هذا يظهر ما ذكره من اشتراط التسمية على الذبيح في الذبح وعلى الرمي والإرسال في غير صورته أضجع شاة ليذبحها . (وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية) أي ذبح شاة غير الشاة التي أضجعها بتلك التسمية الأولى ، (لا يجوز) أي لا يحل أكلها لأن التسمية كانت على الأولى . (ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل) أي أصاب سهمه غير الصيد الذي رمى إليه ، حل ، لأن التسمية هنا على الآلة وهي لم تتبدل (وكذا في الإرسال) أي وكذا الحكم في إرسال الكلب ، بأن أرسل كلباً إلى صيد وسمى فمسك غير الصيد الذي أرسله إليه فإنه يحل لما ذكرنا . وكذا لو أرسل فهداً أو بازياً .

(ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة) أي السكين (وذبح بأخرى أكل) أي ذبح الشاة التي اضجعها بشفرة أخرى أكل ، لأن التسمية وقف على الشاة ولم تتبدل وتذكر الفعل باعتبار الذبيح . (ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل) لوقوع التسمية على السهم الأول . ولا خلاف فيه للثلاثة .

(قال ويكره أن يذكر مع اسم الله سبحانه وتعالى شيئاً غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) لم يثبت في النسخة الصحيحة لفظه . قال هنا وصورة المسألة في الجامع الصغير ، محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه قال يكره أن يذكر مع اسم الله شيئاً غيره ، ويكره أن يقول اللهم تقبل من فلان هذا الذبح . وقال لا بأس به إذا كان قبل التسمية وقبل أن يضجع للذبح . انتهى .

وهذه ثلاث مسائل احداها أن يذكر موصولا لا معطوفاً فيكره ، ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال. ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله

وفي كفاية تاج الشريعة « رح » ينبغي أن ما يكون من الدعاء يذكر قبل الذبح كما روى أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يذبح أضحيته قال « اللهم هذا منك ولك ، صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله والله أكبر » ثم ذبح ، وهكذا عن علي « رض » .

(وهذه ثلاث مسائل) أي المسألة المذكورة متنوعة ومتفرعه على ثلاث مسائل : (احداها) أي إحدى المسائل الثلاث (أن يذكر موصولاً لا معطوفاً) أي أن يذكر الشيء مع اسم الله تعالى ، كون ذلك الشيء موصولاً باسم الله سبحانه وتعالى ، ولكن بغير عطف بحرف من حروف العطف (فيكره ولا تحرم الذبيحة) أي إذا كان كذلك يكره فعله هذا ولا تحرم الذبيحة ، لما يقوله الآن (وهو المراد بما قال) أي ما ذكره من كونه موصولاً لا معطوفاً هو المراد بما قال في الجامع الصغير « رح » .

(ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله) برفع الدال في محمد ولو خفضها لا تحل . ذكره في النوازل ، وقيل هذا إذا كان يعرف النحو ، وقيل لا تحرم على قياس ما روى عن محمد « رح » أنه لا يرى بتخفيضها انخفاضاً في النحو ، معتبراً في باب الصلاة ونحوها . كذا في الذخيرة . وفي الفتاوى لو قال بسم الله محمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع يحل ، ولم يذكر النصب .

وفي رواية الزيد ونسي النصب . كالخفض لا يحل . ولو قال بسم الله على الله على محمد يحل . والأولى أن لا يفعل . ولو قال بسم الله وصلى الله على محمد ، مع الواو يحل أكله . ولو قال باسم الله وباسم فلان لا يحل ، هو المختار . ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم الله إن قصد ذكر الله يحل وإن لم يقصد أو قصد ترك الهاء لا يحل كذا في الخلاصة وفي النوازل. سئل أبو

لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذابح واقعاً له إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم . والثانية أن يذكره موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول لله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو

نصر عن ذبح ، وقال بسم الله وباسم فلان . قال سمعت محمد بن سلمة قال سمعت إبراهيم ابن يوسف « رح » يقول تصير ميتة وقال محمد بن سلمة لا تصير ميتة لأنه لو صارت ميتة صار الرجل كافراً . وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » ولو قال بسم الله والله أكبر وصلى الله على محمد . إن أراد بذكر محمداً الإشتراك في التسمية لا يحل . وإن أراد التبرك دون الاشتراك يحل .

(لأن الشركة لم توجد) لعدم العطف (فلم يكن الذابح واقعاًله إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم) أي لوجود المتعارضة بين الكلامين بحسب الظاهر فيكره ذلك .

(والثانية) أي والمسألة الثانية (أن يذكره موصولاً على وجه العطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان) نحو اسم فلان (أو يقول باسم الله وفلان) بين نحو اسم فلان (أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال) أي أو يقول باسم الله ومحمد رسول الله نحو محمد والكسر وإن كان من ألقاب البناء . ولكن قد يستعمل في الإعراب .

(فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله) أي إذا كان كذلك فيحرم الذبيحة لأنه سمى بغير اسم الله سبحانه وتعالى ، فصارت ميتة .

(والثالثة) أي والمسألة الثالثة (أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الشاة [1] او بعده) أي أو بعد أن يضجع الشاة وفي بعض النسخ

---

(١) الذبيحة — هامش .

بعده . وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه من أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية عنها حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال . لو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل ،

وقبل أن يضجع الذبيحة (وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذه من أمة محمد ﷺ ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ) .

والحديث رواه مسلم في الضحايا عن يزيد بن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله تعالى عنها ان رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن يطأ في سواد فأتى به ليضحي به فقال يا عائشة همي المدية ثم قال اشحذيها بحجر ففعلت فأخذها وأخذ الكبش فأضجعه ثم ذبحه ثم قال « بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد » ، ثم ضحى به . وهو عند أبي داوود « رح » بالواو قال فأضجعه وذبحه وقال « بسم الله » وليس فيه مقصود المصنف « رح » .

وفي المبسوط وينبغي أن لا يذكر مع اسم الله غيره إذا أراد أن يدعو ويقول تقبل من فلان ، وينبغي أن يقدم ذلك على الذبح أو يؤخره عنه ولا يذكر مع الحرف هو تأويل الحديث .

(والشرط هو الذكر الخالص المجرد) أي وشرط حل الذكاة هو للذكر الخالص لله سبحانه وتعالى المجرد عن غيره . (على ما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه جردوا التسمية عنها) هذا غريب لم يثبت عن ابن مسعود «رض» وإنما ذكر عن أصحابنا في كتبهم (حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال) فلم يكن ذكراً خالصاً وأشار به إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل) بلا خلاف .

وقال محمد « رح » في الأمالي أرأيت ان ذبح فقال الحمد على ذبيحته ولم يزد على ذلك

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس « رضي » في قوله تعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾

أو قال الله أكبر أو سبحان الله قال إن كان يريد بذلك التسمية فإنه يؤكل وإن كان لا يريد بذلك التسمية فإنه لا يؤكل . قال شيخ الإسلام « رح » خواهر زادة في شرحه وهذا لأن هذه الألفاظ ليست بصريحة في باب التسمية . والصريح في باب التسمية اسم الله، وإذا لم تكن هذه الألفاظ صريحة في الباب كانت كناية وإنما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق إن نوى الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا فكذا .

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين ، لأنه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية) لأنه قال في الأصل إذا قال الحمد لله يريد به التسمية أكل، وإن لم يرد التسمية فلا والعاطس لم يرد التسمية على الذبح بل أراد الحمد على نعم الله سبحانه وتعالى فعلى رواية الكرخي «رح» ينبغي أن يحل لأنه قال التحميد بمنزلة التسمية مطلقاً. أما لو قال الخطيب الحمد لله عند العاطس يجوز أن يصلي بـه الجمعة بذلك القدر عند أبي حنيفة « رح » ذكره في المبسوط لأن هناك المأمور بـه ذكر الله مطلقاً وهنا الذكر على الذبح ولم يوجد .

(وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله) أي قول الذابـح : بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله سبحانه وتعـالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ هذا أخرجه الحاكم في المستدرك في الذبائح من حديث شعبة عن سليمان عن أبي طمسان عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله سبحانه وتعـالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ قال قياماً معقول باسم الله والله أكبر اللهم منك وإليك » قـال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وعنه فيه رواية أخرى أخرجه في التفسير عن جرير عن الأعمش عن ابن طيبان عن

قـــال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله ، وسطه ، واعلاه واسفله .

ابن عباس رضي الله عنهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فاذكروا اسم الله عليها صواف ﴾ قال إذا أردت أن تنحـر البدنة فأنمها ثم قل الله أكبر مثل ذلك ثم سم ثم انحرها . وقـــال صحيح على شرط الشيخين .

والعجب من المصنف كيف ترك الحديث المرفوع فيه وحجر على نفسه . وهو مــا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم في الضحايا عن قتادة عن أنس « رض » أن النبي ﷺ كان يضحي بكبشين أملحين أقرنين يذبحهما بيده اليمنى ويسمي ويكبر ويضع رجله على أكتافهما . وفي لفظ لمسلم يقول « بسم الله والله أكبر » ولعل المصنـــف « رح » أراد الاستدلال بالقرآن مفسراً به قول صحابي « رض » فإن كان ذلك فهو حسن . وفي الذخيرة قـــال البقالي والمستحب أن يقول باسم الله ، الله أكبر يعني بدون الواو .

ثم قال وذكر شمس الأئمة الحلوائي ويستحب أن يقول بسم الله الله أكبر يعني بدون الواو . لأن الواو تقطـع فور التسمية . قال الاترازي « رح » وفيه نظر قلت نظــره صحيح لأن الذي ثبت في الحديث الصحيح على ما ذكرنا بالواو . فلا ينبغي أن يترك اتباعاً للحديث .

(قال والذبح بين الحلق واللبة) أي قال القدوري « رح » في مختصره المراد بذلـــك بيــان محل الذبح . (وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطـه وأعلاه وأسفله) . وفي المبسوط ما بين اللبة واللحيين . واللبة رأس الصدر ، واللحيان الذقن .

وقـــال صاحب العناية وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن فيه بياناً ليس فيه روايـــة القدوري « رح » . وذلك لأن في رواية القدوري « رح » الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير « رح » وقـــال الكاكي « رح » وإنما عاد لفظ الجامع لما بين أن رواية المبسوط والجامع الصغير « رح » اختلافـاً من حيث الظاهر . فإن رواية المبسوط تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق الحلق قبـل العقدة لأنه بين اللبة واللحيين فيحل .

وفي رواية الجامع الصغير « رح » أنه لا يحل لأن على رواية محل الذبح الحلق ، فلما دفع قبل العقدة لم يكن الحلق على الذبح فلا يجوز ، فتكون رواية الجامع مفيدة لإطلاق رواية المبسوط .

وقد صرح في الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم قبل العقدة لا يحل ، كذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند وبه قالت الثلاثة ولكن ذكر الامام الرسغي في فوائده يحل لأن المعتبر قطع أكثر الاوداج ، وقد وجد سواء كان فوق العقدة أو تحته .

وفي الخلاصة هذا خلاف قول عامة المشايخ « رح » وقال صاحب النهاية [1] كان شيخي يفتي به وكان يقول الإمام الرسغي معتمد في القول والعمل . فلو أخذنا يوم القيمة بسبب العمل بقوله نحن نأخذه أيضاً . وقال الاترازي وذكر في فوائد الرسغي أنه سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء كانت بقيت العقدة مما تلي الرأس أو مما يلي الصدر . وأما المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج ، وهذا صحيح لأنه لا اعتبار بكون العقدة من فوق أو من تحت . ألا ترى إلى قول محمد بن الحسن « رح » في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله ، أسفل الحلق أو وسطه أو اعلاه . فإذا ذبح في الأعلى لا بد أن يبقي العقدة من تحت ، ولم يلتفت إلى العقدة لا في كلام الله سبحانه وتعالى ولا في كلام رسوله ﷺ ، بل بالذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث ، وقد حصلت كيفما بقيت العقدة ، لا سيا على مذهب أبي حنيفة فإنه يكتفي بالثلاث من الأربع أي ثلاث كانت . ويجوز ترك الحلقوم أصلاً فالطريق الأولى أن يحل الذبح إذا قطع الحلقوم من أعلاه وبقيت العقدة إلى أسفل الحلقوم .

وقال تاج الشريعة في شرحه قوله والذبح بين الحلق واللبة . أراد بذلك بيان محل الذبح فيجوز في أعلى الحلق وأسفله ووسطه . وفي رواية الجامع الصغير تقتضي أن الذبح

(١) نسخة صاحب الهداية .

والأصل فيه قوله عليه السلام الذكاة مـــا بين اللبة واللحيين ولأنه مجمع المجرى والعروق.

فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لأنه جعل الحلق محلا وإن كان فوق العقدة وهكذا ذكر في الفتاوى ووضع الأصل يقتضي أن يحل لأنه بين اللبة واللحيين وإن كان فوق العقدة، لأن شمس الأئمة فسره وقال فيه دليل على أن أعلى الحلق ووسطه وأسفله سواء . فيكون المراد على هذا التفسير ما يكون في الأصل مقيداً كما ذكر في الجامـــع الصغير « رح » فيكون المراد من كلمة بين ما يستفاد من كلمة في .وكان معناه الذكاة في الحلق تؤيـده رواية الجامع الصغير .

قلت لفظة بين في اللغة بمعنى وسط ، يقول جلست بين القوم أي وسطهم ، ولفظــه للظرفيـة . ولكنها تجيء بمعنى بين ايضا كما في قوله سبحانـــه وتعالى ﴿ فادخلي في عبادي﴾ أي بين عبادي فحينئذ يستفاد من أحدهما مايستفاد من الآخر. فعلى هذا يحمل معنى ما ذكره القدوري « رح » على ما ذكره في الجامع الصغير فافهم .

(والأصل فيه قوله ﷺ « الذكاة ما بين اللبـة واللحيين ») . اي الأصل في الذبـح قوله ﷺ ولم يثبت هذا الحديث بهذه العبارة . وإنما أخرج الدارقطني « رح » في سننـه عن سعيد بن سلام العطار « رح » حدثنا عبد الله بن هديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة « رض » قال بعث رسول الله ﷺ هديل بن الورقاء الخزاعـي على جمل أورق يصح في محتاج صبي إلا أن الذكاة في الحلق واللبة فقال في التنقيح هـــذا إسنـــاد ضعيف بمرة وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الإحتجاج به ، وكذبه ابن نمير ، وقـــال البخاري « رح » يذكر موضع الحديث . وقال الدارقطني « رح » يحدث بالبواطيل متروك .

وأخرجه عبد الرزاق « رح في مصنفه موقوفاً على ابن عباس وعلي وعمر رضـي الله تعالى عنهم الذكاة في الحلق واللبة . وقد فسرنا اللبة واللحيين عن فرد . وهــذا من باب تسمية الحال باسم المحل . كقولهم جرى النهر وسال الميزاب .

(ولأنه مجمع المجرى والعروق) أي ولأن مـــا بين الحلق واللبة مجرى الطعام والمـــاء

فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه، فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم، والمريء والودجان لقوله عليه السلام أفر الأوداج بما شئت

وبجمع العروق السارية في البدن، (فيحصل بالفعل فيه) أي فيما بين الحلق واللبة وأراد الفعل فعل الذبح (انهار الدم على أبلغ الوجوه) أي اسالة الدم. يقال انهرت الدم إذا أسلته. وقال ابن دريد انهر العرق، إذا لم ينهر دمه.

زعموا وقال ابن عباد انهر بطنه، أي انطلق. وكذلك أنهر، ومنه أسقط. والنهر واحد الأنهار. (فكان حكم الكل سواء) أراد به كل الحلق وسطه وأعلاه وأسفله.

(قال والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة) أي قال القدوري العروق التي هي محل القطع في التذكية أربعة عروق. (الحلقوم والمريء والودجان). الحلقوم بضم الحاء هو الحلق والميم فيه زائدة. والمريء بالهمزة وذكره في العباب في باب مرآ بالهمزة في آخره. وقال بقوله مريء الجزور والشاة للمتصل بالحلقوم الذي يجري فيه الطعام والشراب والجمع مرى. مثال سرير وسرور. والودجان تثنية ودج. قال الصنعاني الودج والوداج عرق في العنق، وهما ودجان. وقال الليث الودج عرق متصل من الرأس إلى النحر، والجمع الاوداج وهي عروق تكشف الحلق، (لقوله ﷺ « افر الاوداج بما شئت) هذا الحديث أخرجه أبو داوود والنسائي « رح » وابن ماجة « رح » ولكن بغير هذه العبارة «فرووا» عن سماك بن حرب عن مري بن قطري عن عدي بن حاتم « رح » قال قلت يا رسول الله ﷺ أرأيت أحدنا أصاب صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا فقال « أفر الدم بما شئت واذكر اسم الله ». وفي لفظ النسائي « رح » أنهر الدم وكذلك رواه أحمد « رح » في مسنده قال الخطابي ويروى أمر، قال والصواب أمر بسكون الميم وتخفيف الراء.

قلت وبهذا اللفظ رواه ابن حبان « رض » في صحيحه والحاكم « رض » في المستدرك،

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي « رح » في الاكتفاء بالحلقوم والمريء

وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .وقال السهيلي في الروض الأنف أمـــر الدم ، بكسر الميم أي أرسله . يقال الدمما يرى سائل ، قال هكذا رواه نعاس وفسره. ورواه أبو عبد بسكون الميم وجعله من ريت الصوع والأول أشبه المغير . وجمـــع الطبراني في معجمه بين الروايات الثلاثة ، وفيه رواية رابعه عند النسائي في سننـــه الكبرى أعرف ، قلت يكون الجميع برواية أبي عبد خمس روايات توضيحها إن الاولى أمـــر من الأمرار ، والثانية أمر من المراء حرف ثاني ، والثالثة أنهر من الأنهار ، والرابعة أعرق من الاعراق وأصله أرق من الأراقة والهاء زائدة . والخامسة من المريء ناقص يائي . قوله أفر الأوداج أي اقطعها قالوا هو بفتح الهمزة .

قلت هنا مادتان الفري والإفراء ، فالأولى ثلاثي مجرد ، والثاني مزيد فيه ، والفرق بينهما في المعنى أن الفري هو القطع للأصلاح . والافراء هو القطع للإفساد . فعلى هـــذا يكون كسر الهمزة هنا أليق ، فافهم .

(وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين) أي الأوداج اسم جمـــع وأقل الجمع ثلاثة ، وأقل الودج ودجان . فكان المراد الودجين والمريء بطريق التغليب . فإن قلت الأوداج جمع وليس باسم جمع وبينهما فرق كما عرف في موضعه . قلـــت المراد بالاسم مفهومه اللغوي أي لفظ جمع ، ولا يريد بـــه نحو القوم والرهط أو يكون لفظه اسم معجمه ، فإن قلت الألف واللام إذا دخلا على الجمع يصير للجنس ويقع على الأدنى قلت هذا إذا لم يكن ثمة معهود . وقـــد وجدنا هذا وهو الودجان فيـــه خلاف في الإرادة والمريء أيضاً لما ذكرنا . وإنما قلنا ان النص يتناول المريء من حيث اللفظ . والحلقوم بطريق الاقتضاء لأن قطع مجرى النفس ابلغ إلى حصول المقصود من قطع مجرى العلف . وقد فسر المصنف « رح » المريء بمجرى النفس على ما سيجيء إن شاء الله تعالى .

(وهو حجة على الشافعي « رح » في الإكتفاء بالحلقوم والمريء) أي قوله ﷺ : « افر الأوداج وأنهر الدم بما شئت » . حجة على الشافعي « رح » . وفي وجيز الشافعية :

إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك « رح » ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الأكل وان قطع

يصير قطع الحلقوم والمريء ـ وهذا دون الوريدين ، وبه قال أحمد « رح » وعن الاصطخري : يكفي قطع الحلقوم والمرىء . وفي الحلية وهذا خلاف نص الشافعي «رح» وخلاف الإجماع . (إلا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) . هذا كأنه جواب عما يقال ان الاوداج في قوله ﷺ : « افر الاوداج » ، جمع وأقله ثلاثة ، فأنتم شرطتم قطع الأربعة حيث قلتم : والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة ، وتقرير الجواب ان الحديث وان كان دل على وجوب قطع الثلاثة ، ولكن ان لا يمكن قطعها إلا بقطع الحلقوم لأنه لا ينتهي قطع الاوداج من غير حرج بدون قطع الحلقوم فثبت قطعه اقتضاء والثابت قضاء كالثابت نصاً .

وصار كأن النبي ﷺ نص على قطع الحلقوم ونوع من المعقول يدل على هذا ، وهو أن المقصود من إزالة الروح الذبح لتسييل الدم المسفوح الذي هو النجس على وجه التعجيل . لأن في الإبطاء زيادة تعذيب الحيوان وهذا المقصود على التمام إنما يحصل بقطع هذه الأشياء الأربعة .

(وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها) أي بظاهر ما ذكرنا من قطع اشتراط الأربعة . يحتج مالك حتى لا يجوز قطع الثلاثة بل يشترط قطع جميعها ، هذا الذي نسبه المصنف « رح » إلى مالك هو الذي ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ، حيث اشترط فيه على مذهب مالك قطع الاربع جميعاً حتى إذا نقص واحد منها لا يحل . ولكن ذكر في كتاب التفريع للمالكية ان المعتبر عند مالك « رح » قطع ثلاثة أعضاء وهي الودجان والحلقوم وليس يراعى قطع الحلقوم ، وليس يراعى قطع المريء فعل هذا الذي ذكره المصنف « رح » إما رواية عنه أو عن أحمد (وعندنا ان قطعها) أي الأربعة المذكورة (حل الأكل وإن قطع أكثرها

أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة « رح » وقـــالا لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، قـــال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف « رح » وحده ، وقال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل ، وأن قطـــع الأكثر من الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافاً ،

فكذلك عند أبي حنيفة « رح ») أي وإن قطع أكثر الأربعة ، يعني ان عنده يكتفى الحل بقطع الثلاثة من الأربعة ، أي ثلاثة كانت .

(وقالا) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (لا بـــد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين) حتى لو قطع بعض الحلقوم أو المريء لم يحل . (قـــال) اي المصنف رحمه الله (هكذا ذكر القدوري « رح » الاختلاف في مختصره . والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول أبي يوسف وحده) أي ان قوله لا بـــد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين قول أبي يوسف « رح » وحـــده . وذكر الكرخي « رح » في مختصره فإن قطع من هذه الأربعة ثلاثة .

قال بشير بن الوليد روى عن أبي يوسف « رح » ان أبا حنيفة « رح » قال : إذا قطع أكثر الأوداج أكل ، إذا قطع ثلاثة منها أكل ، من أي جانب كان ، وعلى أي وجه كان . وكذلك قال أبو يوسف « رح » ثم قال بعد ذلك : لا يأكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين . وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة . قـــال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعاً في قول أبي حنيفة : إذا قطع أكثر الأوداج . وفي قول أبي يوسف « رح » لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، انتهى . ولم يذكر قول محمد « رح » .

(وقـــال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل ، وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا) يعني انه لو قطع

واختلفت الرواية فيه ، فالحاصل عند أبي حنيفة « رح » إذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل وبـــه كان يقول أبو يوسف « رح » أولا ثم رجع إلى ما ذكرنا وعن محمد « رح » أنه يعتبر أكثر كل فرد ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لأن كل فرد منهـــا أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولوزود الأمر بفرية فيعتبر أكثر كل فرد منها ، ولابي يوسف« رح » أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الاخر ، إذ كل واحد منهما مجرى الدم ، أما الحلقوم

النصف من كل واحد من الأربعة لا يحل ترجيحاً لجانب الحرمة على جانب الحل عنـــد الاستواء ، بخلاف ما إذا قطع الأكثر من كل فرد لرجحان الموجب للحل قوله ولم يحك خلافاً أي في الجامع الصغير « رح » لم يحك خلافا في هذه المسألة (واختلفت الروايةفيه) أي في حكم هذه المسألة .

(والحاصل ان عند أبي حنيفة « رح » إذا قطع الثلاثة من الأربعة أي ثلاثة كان يحل وبه) أي وبهذا القول (كان يقول أبو يوسف « رح » أولاً ، ثم رجع إلى ما ذكرنا) وهو قوله لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين . وفي الغاية وعن أبي يوسف « رح » ثلاث روايات إحداها بهذه يعني قطع الثلاث أى ثلاث كانت ، والثانية اشتراط قطـــع الحلقوم مع الأخرى ، والثالثة اشتراط قطع الحلقوم والمريء واحد الوجهين .

(وعن محمـــد « رح » انه يعتبر اكثر كل فرد) يعني لا بد من قطع اكثر كل واحد من الاربعة . (وهو رواية عن أبي حنيفة «رح») أي ما روى عن محمد « رح » هورواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، (لأن كل فرد منها) أي من الأربعـــة (أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه) أي قطعه وأراد بالأمر هو قوله ﷺ : « أفر الأوداج وانهر ما شئت » (فيعتبر اكثر كل واحد منها) أي من الأربعة وللأكثر حكم الكل .

(ولأبي يوسف « رح » : ان المقصود من قطع الودجين إنهـــار الدم) أي إسالته . (فينوب احدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما) أي من الودجين (مجر الدم ، أمـــا

يخالف المريء فإنه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس . فلا بد من قطعها ، ولابي حنيفة « رح » أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاثة قطعها فقد قطع الاكثر منها . وما هو المقصود يحصل بها ، وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم

الحلقوم يخالف المريء فإنه) أي فإن الحلقوم (مجرى العلف والماء ، والمريء ، مجرى النفس فلا بد من قطعها) أي من قطع الحلقوم والمريء .

وهكذا فسر شيخ الإسلام « رح » خواهر زاده في مبسوطه وقال: المريء عرق يحمل مجرى النفس . وقال الكشاف «رح» في تفسير سورة الأعراف : الحلقوم مدخل الطعام والشراب ، وفسره القدوري بخلاف ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال : الحلقوم مجرى النفس ، والمريء مجرى الطعام والودجان مجرى الدم . وهكذا ذكره في الايضاح وهو الصحيح يؤيده قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلولا إذا بلغت الحلقوم ﴾ .

وقال في ديوان الادب : المريء الذي يدخل فيه الطعام والشراب . وفي المغرب : المريء مجرى الطعام والشراب . وفي الجمهرة : مريء الانسان وغيره مجرى الطعام أي جوفه . وقيل المذكور في المتن غير صحيح من النسخ ، والصحيح منها عكسه .

(ولأبي حنيفة « رح » إن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام) نحو مسح الرأس وانكشاف العورة في الصلاة وتغطية الرأس في الاحرام ونحو ذلك (وأي ثلاثة قطعها فقطع الاكثر منها)أي من الأربعة.

(وما هو المقصود يحصل بها) أي والذي هو المقصود من الذبح يحصل بالثلاثة ، أي بقطعها (وهو) أي المقصود (إنهار الدم المسفوح) أي اسالته . (والتوحية في اخراج الروح) أى الاسراع والتعجيل في إزهاق الروح وهو بالحاء المهملة من وحاه توحية إذا عجله ومنه موت وحى أي سريع والوحا بالمد والقصر السرعة (لأنه) أي لان الحيوان (لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين) فلا

بقطع أحـــد الودجين فيكتفي بـه تحرزا من زيادة التعذيب بخلاف ما إذا قطع النصف لان الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئاً احتياطاً لجانب الحرمة قـــال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعا

يحتاج إلى قطع الآخر لحصول المقصود بأحدهما .

(فيكتفى فيه تحرزاً عن زيادة التعذيب) أي اكتفى بقطع اكثر الاربعة للاحتراز عن زيادة تعذيب الحيوان ، لأن المقصود إذا حصل بالثلاثة يكون قطع الزائد زيادة في تعذيب الحيوان بلا فائدة ، لأن ما هو المقصود من قطع الودجين يحصل بقطع أحدهما وهو التوجيه لأن مجرى النفس إذا انقطـــع انقطع مجرى الطعام والشراب يموت الحيوان من ساعته مقام الثلاثة من الأربعة في تحصيل ما هو المقصود من قطع الاربعة مقام الكل.

(بخلاف ما إذا قطع النصف) هذا يتعلق بقوله فيكتفى به ، يعني إذا قطـع نصف الاربعة لا يكتفى به ولا يحل (لأن الاكثر) أي اكثر المرخص وهو الثلاثة (باق فكأنه لم يقطع شيئاً) لأن الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر المرخص وهو الثلاثة باقياً فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكأنه لم يقطع شيئاً ، وربما لوح لهذا بقوله (احتياطاً لجانب الحرمة) أى لأجل الاحتياط لجانب الحرمة .

فإن قلت كيف قال ؟ لأن الأكثر باق والشيء إنما يكون اكثر إذا كان ما يقابله قليلاً وهذا القائل للنصف فلا يكون قليلا فلا يكون الباقي كثيراً . قلت الشرط قطع الثلاثة إذ المقصود من قطع العروق انها لازم والتوحية . ويحصل ذلك بقطع الثلاثة فاكتفى به ، فتركت الواحدة من الأربعة ، وإذا ترك الإثنين غير مقطوعين يكون البـــاقي أكثر من المشروط فافهم .

(قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعاً) أى قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم وسن منزوعة فينهر الدم ويفرى الاوداج . قال اكره هذا الذبح

حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح . وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشه ، ولأنه فعل غير مشروع ، فلا

وان فعل فلا بأس (حتى لا يكون بأكله بأس إلا انه يكره هذا الذبح) . به قال مالك « رح » في رواية .

(وقال الشافعي المذبوح ميتة) أي المذبوح بهذه الاشياء ميتة به . وقال احمد «رح» (لقوله ﷺ « كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ماخلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة ») هذا الحديث ملفق من حديثين : الأول ما رواه الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج وقال : كنا مع النبي ﷺ في سفر فقلت : يا رسول الله ﷺ انا نكون من الغارة فلا يكون معنا مدى فقال : « ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو ظفراً وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة . أخرجوا هذا الحديث مختصراً و مطولاً .

الثاني رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد الاحمر عن ابن جريج عمن حدثه عن رافع بن خديج قال : سألت رسول الله ﷺ عن الذبح باللبطة فقال : ما افرى الاوداج إلا سنا أو ظفراً » .

والعجب من الاترازي « رح » حيث ذكر حديث رافع هذا في الاحتجاج للشافعي « رح » ولم يبينه لتلفيق الحديث الذي ذكره المصنف ثم قال بيانه ان النبي ﷺ استثنى الظفر والسن من الآلات التي يقطع بها الجرح ولم يفصل بين القائم والمنزوع فلم يجز الذبح بها مطلقاً « كل ما انهر الدم » على حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ومعناه : كل ما انهر دمه اطلاقا لاسم الحال على المحل في قوله سبحانه وتعالى : « خذوا زينتكم عند » معناه كل ما تحقق فيه انهار الدم قوله مدى الحبشة بضم الميم جمع مدية بالضم ايضاً وهي سكين القصاب .

(ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع) أي ولان

تكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الأوداج بمـــا شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فـــإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك

الذبح بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فإذا لم يكن ذكاة تكون ميتة (ولنا قوله ﷺ « انهر الدم بما شئت » ويروى افر الاوداج بما شئت) . قد مر الكلام في هذا الحديث عن قريب ، والاحسن ان يستدل لاصحابنا بما رواه البخاري في صحيحه .

وقال حدثنا محمد بن أبي بكر ، قال حدثنا معمر عن عبيدالله عن نافع قال سمعت ابن كعب بن مالك عن ابن عمر أن أباه اخبره ان جارية لهم ترعى بسلع فابصرت بشاة من غنمها موتها فكسرت حجراً فذبحتها فقال لأهله لا تأكلوا حتى آتى رسول الله ﷺ أو حتى أرسل إليه من يسأله فأتى النبي ﷺ أو بعث إليه ، فأمر النبي ﷺ بأكلها .

وجه الاستدلال ان الاصل في النصوص التعليل والحجر يصلح آلة للذبح لمعنى الجرح فكذا الظفر المنزوع والسن المنزوعة بخلاف غير المنزوع ، فإنه لا يصلح آلة لكونه مدى الحبشة وهو محمل الحديث الاول .

(وما رواه) أى الشافعي « رح » (محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون كدلك) اظهاراً للجلادة . فانهم لا يقتلون ظفراً ويحدون الاسنان بالمبرد ، ويقاتلون بالخدش والعض . هكذا ذكره النسفي «رح».وفي الاسرار لو لم يكن تعليله ﷺ :«فانها مدى الحبشه » غير المنزوع لأن السن والظفر مطلقاً يذكره ويراد بـــه غير المنزوع، أما المنزوع بذكر مقيد ، يقال سن منزوع ، والظفر المنزوع ولم يذكر مطلقاً .

اما القرن ينبغي ان لا يكره ، بالنظر إلى تعليله ﷺ وقـــد قال ابن القطان « رح » بعد أن ذكر حديث الشافعي « رح » المذكور الذي اخرجه مسلم « رح » من حـــديث سفيان الثوري عن ابيه سعيد بن مسروق عن عبانة بن رفاعة بن رافع بن جريج «رض» قال : كنا مع النبي ﷺ ، الحديث فيه شك في موضعين في اتصاله وفي قوله أمـــا السن فعظم ، هل هو من كلام النبي ﷺ أم لا . فقد روى أبو داوود « رح » عن أبي الاحوص

ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم ، وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل ، فيكون في معنى المنخنقة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه إعساراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان

عن سعيد بن مسروق وسفيان الثورى « رح » عن عبانة بن رفاعة بن رافع عن ابيه عن جده رافع بن جريج « رح » قال : أتيت النبي ﷺ فقلت له يا رسول الله : انا ملاقوالعدو غداً وليس عندنا مدي أفنذبح بالمدى وشقة العصا ؟ فقال ﷺ : « ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً » .

قال رافع سأحدثكم عن ذلك : اما السن فعظم وأما الظفر مدى الحبشة ، قال فهذا كما ترى فيه زيادة رفاعة بن عبانة وجده رافع وفيه بيان قوله أما السن فمن كلام رافع. وليس في حديث مسلم « رح » من رواية الثورى وأحسبه عن ابيهما ذكر بسماع عبانة من جده رافع إنما جابه مصنفا سمين . ان بينهما واحداً ولم يكن نصاً في حديث مسلم «رح» ان قوله أما السن من كلام النبي ﷺ نصا ، نسبه ابو الاحوص انه من كلام رافع «رح».

(ولانه آلة جارحة) أى ولان كل واحـــد من الظفر والقرن والسن المنزوع آلة تجرح وتخرج الدم (فيحصل به ما هو المقصود) أي بكل واحدة من هذه الأشياء (وهو) أي المقصود (إخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع) من الظفر والسن (لأنه يقتل بالثقل) لأنه يوجب الموت بالفراة مع الحدة .

(فيكون في معنى المنخنقة) فيكون حراما (وإنما يكره) يعني الذبـــح بالظفر المنزوع والسن المنزوعة (لأن فيه استعمال جزء الآدمي) كالوصل بشعر الآدمي والانتفاع بالغدوة وهذا لا يتأدى في القرن .

(ولأن فيه اعساراً على الحيوان) هذا وجه آخر للكراهة أي ولأن في الذبح بهـــذه الاشياء إعساراً على الحيوان وإضراراً به لضعف الآلة فيؤدي إلى زيادة تعذيب الحيوان (وقد أمرنا فيه بالاحسان) أي والحال انا قد أمرنا في ذبح الحيوان بالاحسان على مايجيء وهذا التعليل يشمل الكل .

قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم . فإن المذبوح بهما ميتة لمـــا بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول الحل لا بأس به . وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل

قال ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة

(قال) أي القدوري (ويجوز الذبح بالليطة) بكسر اللام وسكون البـــاء آخر الحروف وهو قشر القصب (والمروة) وهو حجر أبيض رقيق يذبح بها كالسكين (وبكل شيء انهر الدم) أي اساله (إلا السن القائم والظفر القائم فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه يقتل بالقتل .

(ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لأنه وجد فيه نصاً) على أن الذبيحـــة بالسن القائم ميتة ، لأنه أي لأن محمد «رح» (ومالم يجد فيه) أي في تحريمها نصاً عن النبي ﷺ ، فلذلك اطلق جوابها وهـــذه طريقة محمد « رح » في المنصوص عليه بالتحريم أو بالتحليل انه يثبت القول وما لم يجزءفيه(نصاً يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس)أي لا بأس بفعله على الفاعل .

ثم قيل كل موضع يقال فيه لا بأس فتركه أولى ، والأصح أن هـــذا ليس بكلي بل ينبغي أن ينظر فيه ، فإن كان ثمة شيء يدل على الجواز يتخير الفاعل وإلا فتركه كان أولى (به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل) أي وفي الحرام يقول محمد « رح » يكره يعني فعله ، أو يقول لا يؤكل .

(قال) أي القدوري « رح » (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) والشفرة بفتـــح الشين المعجمة وسكون الفاء ، وهي السكين العظيم ، وشفرة السيف حده (لقوله ﷺ : ان الله كتب الاحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته . ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها

وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته) هذا الحديث اخرجه الجماعة إلا البخاري عن شراحبيل بن أدى عن شداد بن أوس عن النبي ﷺ قال : « إن الله كتب الاحسان » . الحديث أخرجوه في الذبائح إلا الترمذي « رح » فإنه اخرجه في القصاص ، قوله القتلة بكسر القاف وهي الهيئة والحالة وكذلك الذبحة بكسر الذال الهيئة والحالة . قوله وليرح من الإراحة أي ليعطيها الراحة بالاسراع .

(ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة) ذكره تفريعاً في مسألة القدوري « رح ». ويضجعها بضم الياء من الاضجاع ، والضمير يرجع إلى الذبحة . وقال الكرخي «رح» في مختصره إذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجرها برجلها إلى المذبح ، وأن يضجعها ثم يحد الشفرة .

(لما روي عن رسول الله ﷺ أنه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحدشفرته فقال :«لقد اردت ان تميتها موتات ، هلا حددتها قبل ان تضجعها) . هذا الحديث اخرجه الحاكم في المستدرك في الضحايا عن حماد بن زيد ، عن عاصم عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رجلا اضجع شاة يريد أن يذبحها وهو يحد شفرته فقال له النبي ﷺ :أتريد أن تميتها موتات ، هل حددت شفرتك قبل ان تضجعها . وقال حديث صحيح على شرط البخاري « رح » ولم يخرجاه واعاده في الذبائح وقال على شرط الشيخين .

ورواه الطبراني « رح » في معجمه عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول به ورواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه في الحج . حدثنا معمر عن عاصم عن عكرمة أن النبي ﷺ رأى رجلا أضجع شاة ، الحديث مرسل وروى ماجد في سننه عن أبي لهيعة عن قرة بن جبريل عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، قال أمر

قال ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحة . وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ . والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبـــة ،

رسول الله ﷺ ان تحد الشفرة وان توارى عن البهائم ، وقال : إذا ذبح احدكم فليجهز وروراه أحمد في مسنده عن أبي لهيمة عن عقيـل عن الزهري « رح » به ، وكذلك رواه الدارقطني في سننه ، والطبراني في معجمه . وابن عدى « رح » في الكامل ، وأعله بابن لهيمة . ومن جهة الدارقطني ذكره عبدالحق في أحكامه وقال الصحيح في هـذا عن الزهري « ر ح » مرسل . والذي أسنده لا يحتج به . وفي موطأ مالك «رح» عن هشام عن عاصم بن عبدالله بن عاصم بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم: أن رجلاً أخذ شفرة وأخذ شاة ليذبحها ، فضربه عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه بالدرة وقال : انعدت الروح ، هل فعلت هذا قبل أن تأخذها ؟.

قوله إن تميتها موتات ، أى مرات عديدة يعني موته ، فإن قلت كيف يكون ذلك ولا يعلم الحيوان بذبحه لأنه لا عقل له . قلت هـذا سؤال ساقط ، وفيه سوء أدب ، لأن الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه ، والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات . وما نحن فيه ليس منها ، وأجاب في المبسوط بأن الحيوان يعرف ما يراد منه كما جاء في الخـبر ألهمت البهائم ، إلا عن أربعـة خالقهـا ورازقها ، وضعفها وشقاؤها ، فإذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة عندها كان فيه زيادة ألم غير محتاج اليه ، ولهذا قيل يكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر اليها .

(قال ومن بلغ بالسكين النخاع) قال أى القدوري « رح » في مختصره (أو قطـع الرأس) أي رأس المذبوح (كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) أي كره فللذابح بلوغ السكين النخاع وقطع رأس المذبوح (وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ) أي بعض نسخ القدوري «رح».

(والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) أى عرق أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب وهو بضم النون والفتح لغة . وقال تاج الشريعة « رح » قال هو عرق وقـــد

سهى ، إنما ذلك النخاع ثالثاً وهو يكون في القفا من نخع الشاة ، إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع . والنخع ابلغ من النخع بالنون . وقال السفنافي ايضاً هو مشهور وانما النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب .

وقال مقدم صاحب العناية ورد بأن بدن الحيوان مركب وسيدهما في ذلك مما قال في المغرب : النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب من الطعام والاعصاب والعروق هي شرايين واوتار واضحة حق يسمى بالخيط أصلا . قالت قال الصنماني

في العباب قال الكسائي النخاع.والنخاع بالحركات الثلاث: الخيط الأبيض الذي في جوف القفاء ، وقال في باب الهاء الموحدة : النخاع بالكسر العرق الذى يكون في الصلب،وهو غير النخاع بالنون ، فإنه الخيط الأبيض الذى يجرى في الرقبة .

ونخع الشاة إذا بالغ في ذبحها وهو أن يقطع عظم رقبتها ويبلغ بالذبح النخاع ، ثم كثر حق استعمل في كل مبالغة انتهى . وكذلك قال الكرخي في مختصره ويكره إذا ذبحها ان يبلغ النخاع وهو العرق الابيض الذى يكون في الرقبة ويكره له ايضاً أن ينخعها . قيل أن يتردد إن سلع أو نخع فلا بأس بذلك .

(أما الكراهة فلما روى عن النبي ﷺ انه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت) هذا رواه محمد بن الحسن « رح » في كتاب الصيد من الاصل عن سعيد بن المسيب قال نهى رسول الله ﷺ أن تنخع الشاة إذا ذبحت ، وهو مرسل وبمعناه مرفوعاً .

وقال الطبراني « رح » في معجمه حدثنا ابو خليفة الفضل بن الحارث حدثنا أبو الوليد الطيالسي حدثنا عبد الحميد بن بهرام عن شهر بن حوشب عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ نهى عن الذبيحة ان يعرض .

ورواه ابن عدى في الكامل واعله بشهر بن حوشب انه ممن لا يحتج بحديثه ولا يبدين به وقال ابراهيم بن الحربي في غريب القوس أن يذبح الشاة ينخع وروى البيهقى عن

وتفسيره ما ذكرناه ، وقيل معناه ، أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحة وقيل أن يكسر عنقـــه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيـــادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ، وهو منهي عنه . والحاصل أن ما فيـه زيادة إيلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن تجر ما تريد ذبحه برجله إلى المذبح

هشام الرسوى وغيره عن يحيى بن أبي كثير عن مغرور الكلبي عن عمر رضى الله تعـالى عنه انه نهى عن الفرس في الذبيحة .

وقال ابو عبيدة : الفرس النخع ، يقال فرست الشاة ونخعتها وذلك أن ينتهي الذبح إلى النخاع وهو عظم في الرقبة . وقال: بل هو الذى يكون في فقار الصلب شبيه بالمح فنهى ان ينتهى الذبح إلى ذلك . وقال أبو عبيد : الفرس قيـل هو الكسر ، نهى أن تكسر رقبة الذبيحة قبل أن تبرد (وتفسيره ماذكرناه) أى تفسير النخع ما ذكرناه. اراد به قوله ومن بلغ بالسكين النخاع (وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل أن يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب) .

قال البيهقي قال الشافعي «رح» نهى عمر رضى الله تعالى عنه عن النخع وان تعجل الا السن أن ترهق ، فالنخع أن نذبح الشاة ثم تكسر قفاها من موضع الذبح ، أو تضرب لتعجل قطع حركتها ، وكره هذا ، ولم يحرم لأنها ذكية .

(وكل ذلك مكروه) أشار به إلى التفاسير الثلاث . (وهذا) حصول الكراهة .

(لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فـائدة وهو منهى عنه) أي تعذيب الحيوان بلا فائدة منهى عنه على ما مر في الآثار المذكورة (والحاصل ان مـا فيه زيادة إيلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه) أشار به إلى اصل جامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه ا هـ .

(ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح) لما روى البيهقي عن عبد الرحمن بن

وأن تنخع الشاة مثل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم . فلا يكره النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم ، فلهذا قال تؤكل ذبيحته .

حماد حدثنا ابن عون عن ابن سيرين ان رجلاً رآه عمر رضى الله تعالى عنه يجر شاة ليذبحها فضربه بالدرة وقال سفهه لا أم لك إلى الموت سوقاً جميلا (وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب) أي ويكره أيضاً أن ينخع الشاة ، وتفسير النخع مستوفى مع الآثار الواردة فيه .

(وبعده) أى وبعد أن تبرد (لا ألم فلا يكره النخع والسلخ) أي سلخ جلدها (إلا إن الكراهة) أي غير أن الكراهة في ما ذكرنا (لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح وبعده فلا يوجب التحريم) لوجود الذكاة الشرعية (فلهذا قال تؤكل ذبيحته) أي فلأجل عدم موجب التحريم .

قال القدوري « رح » في مختصره : وتؤكل ذبيحته بعد أن قال كره له ذلك هي ويكره الذبح لغير القبلة قال في الأصل أرأيت الرجل يذبح ويسمى ويوجه ذبيحته لغير القبلة متعمداً أو غير متعمد ، قال لا بأس بأكلها .

قال خواهر زاده في شرح المبسوط أما الحل فلأن الإباحة شرعاً متعلق قطع الأوداج والتسمية، وقد وجد ، وتوجه القبلة سنة مؤكدة لأنه توارثته الناس ، وترك السنة لاتوجب الحرمة ، ولأنه يكره تركه من غير عذر .

وقال محمد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن بن عمر الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد قال : كره رسول الله ﷺ من الشاة سبعا المرارة والمثانة والغدة والحياء والذكر والانثيين والدم قال في تحفته ثم أبو حنيفة فسرها فقال : الدم حرام بالنص القاطع وباقي السبعة مكروه لما انه تستخبثه الأنفس ، واراد به الدم المسفوح ، وأما دم الكبد والطحال ودم اللحم فليس بحرام ، ذكره في الغاية هنا ، فلذلك ذكرناه اتباعاً له .

قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة، فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح،

(قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) أي قال القدوري وقال الكرخي « رح » في مختصره ، قال أبو حنيفة «رح» إن ضرب عنق جزور بسيف فأبانها وسمى فإن كان ضربها من قبيل الحلقوم فانه يؤكل وقد أساء وإن كان ضربها من قبل الظهر فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل ان تموت أكل، وقد اساء كذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة . وقال أبو حنيفة ان قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وان تعمد ذلك . وقد اساء في التعمد . وكذلك قال أبو يوسف «رح» (لتحقق الموت بما هو ذكاة) وهو قطع العروق وبه قال احمد ومالك «رح» وحكي عن علي وابن المسيب «رح» انها لا تؤكل . قلنا عموم الاحاديث وتحقيق الذكاة .

(ويكره) هذا لفظ القدوري (لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة ، فصار كما إذا جرحها ثم قطع الاوداج) حيث يحل ويكره (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها) أي الشاة .

وفي شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الأعمش: وإنما لو كانت تعيش قبل قطع العروق اكثر ما يعيش المذبوح حتى يحل قطع العروق ليكون الموت مضاف إليه ، أما إذا كانت لا تعيش إلا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل ، لأنه يحصل الموت مضافاً إلى الفعل السابق فلا يحل .

(قال) أى القدوري (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح) وهو أي الذي استأنس أي الحيوان الذي صار انساً لبني آدم في البيوت ثم اريد ذبحه فذكاته الذبح وهو ما بين اللبة واللحيين ، لأنه صار كالشاة .

وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح ، لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر . والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول وكذا ما تردى من النعم في بئر ، ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا . وقال مالك « رح » لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر . ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقـــد تحققت فيصار إلى البدل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بـل هو غالب

(وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) أي والحيوان الذي صار وحشياً بأن اختلط بالموحش بالبوادى من النعم وهي الإبل والبقر والغنم . وكلمة من في الموضعين للبيان لأنه صار كالوحشي . وذكاة الوحشي بالعقر والجرح كيفما اتفق ، (لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر) . أشار به إلى قوله : والثـــاني كالبدل من الأول ا هـ . (والعجز متحقق في الوجه الثاني) وهو توحش النعم (دون الأول) وهو ايناس الصيد .

(وكذا ما تردى من النعم في بئر) أى سقط بأن وقع الجمل أو البقر أو الشاة في بئر (ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا) إشار به إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وبقولنا قال الشافعي وأحمد والثوري «رح» (وقال مالك لا يحـل بذكاة الاضطرار في الوجهين) يعني في الاستئناس الصيد وتوحش النعم . وبقوله قـــال الليث وربيعة (لأن ذلك نادر) فلا يتغير عن حكمه الأصلي .

(ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البـدل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب) يدل عليه قوله ﷺ : أن لها أوابد كأوابد الوحش ، يعني أن لها توحش كتوحش الوحش ، فقد اعتبر التوحش .

فإن قلت روى أن ناضحا وقع في بئر فسئل سعيدبن المسيب «رض» أوننحر من مؤخره

وكان رأسه في السفل ، فقال لا إلا في نحر ابراهيم عليه السلام ، قلت وروى مسلم عن زائدة اخبرنا سعيد بن مسروق عن عبانة عن جده قال : كنا مع رسول الله ﷺ وقد نصبت القدور ، فأمر رسول الله ﷺ بالقدور فأكفيت ، ثم قسم بينهم فعدل عشراً من الغنم ببعير فند بعير من ابل القوم وليس في القوم إلا خيل يسيرة، فرماه رجل بسهم فحبسه فقال رسول الله ﷺ : لأن هـذه اوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم منها ، فاصنعوا به هكذا .

واخرجه البخارى « رح » ايضاً باسناده إلى عبانة بن رفاعة بن رافع بن خديج عن رسول الله ﷺ . وروى محمد «رح» في كتاب الاصل وفي كتاب الاثار ايضاً ، أخبرنا أبو حنيفة عن سعيد بن مسروق عن عبانة أبو رفاعة عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، أن بعيراً تردى في بئر بالمدينة فلم يقدر على نحره فوخز بسكين من قبل خاصرته حتى مات ، فأخذ منه ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عشيراً بدرهمين .

وقال محمد ايضاً أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم في مترد في بئر على إذا لم يقدر على منحره فحيث ما جاءت فهو منحره . وقال محمد « رح » وبه اخذه وهو قول أبي حنيفة « رح » .

وقال البخاري « رح» في صحيحه : ما ند من البهائم فهو بمنزلة الوحش ، وأجازه ابن مسعود«رض»وقال ابن عباس: ما أعجزك من البهائم مما في يديك فهو كالصيد وفي بعير تردى في بئر من حيث قدرت ، ورأى ذلك علي وعمر وعائشة رضى الله عنهم . إلى هنا لفظ البخاري في صحيحه ، فإذا كان كذلك فالتمسك بقول ابن المسيب بعيد جداً قوله : فاكفيت أى افرغت ، قوله : فند بعير أى شرد وهرب . قوله عشيراً بفتح العين المهملة وكسر الشين المعجمة .

وقال خواهر زاده في شرحه : فقد اختلفوا في تفسير العشر ، قال بعضهم هوالعشر لأن العشر أو العشير سواء كالنصف والنصيف ، وقال بعضهم العشير الامعاء . قال الاترازى : هذا تفسير ما صح عندى وما وجدته في كتب اللغة ، قلت لعل هذا عشارة

وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم . وعن محمد « رح» أن الشاة إذا نــــدت في الصحراء فذكاتها العقر . وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها . فيمكن أخذها في المصر فلا عجز ، والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهمـــا فلا يقدر على أخذهما ، وأن ندا في المصر فيتحقق العجز

بضم العين وهي القطعة من كل شيء وهو المناسب هنا على ما لا يخفى ويكون وقـع فيه التصحيف من النساخ .

(وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم) أى في مختصر القدورى « رح » اطلق الحكم ولم يفصل بين الند في الصحراء وفي المصر (وعن محمد « رح » ان الشاة إذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر ، وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفـــع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز . والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما ، وان ندا في المصر فيتحقق العجز) لأن البقر يدفـــع بقرنه والبعير بشفره ونابه ، ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما .

وفي العيون قال محمد «رح» في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا يؤكل لأنه ما روى إلى المنزل إلا لأن تكون حمامة لا تهتدى إلى منزلها .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف «رح» في البعير أو الثور يند فلا يقدر على أخـذه قال : ان علم انه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع لها جماعة كثيرة فله أن يرميه ، وأمـا الشاة فلا يجوز إذا كانت في المصر لأن البعير يند ويصول ويمتنع . والثور نطيح فيمتنع ، وفي الأصل أرأيت أن أصاب قرن البعير أو الظلف سهماً هل يؤكل ؟ قال إن دمي حـل وأن لم يدم لا يحل . وفي النوادر دجاجة تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماهـا ، فقال إن كان يخاف فوتها يؤكل وإلا لا . وفي النوازل بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله ، وإن خرج في غير موضع الذبح أن كان لا يقـدر على مذبحه يحل ايضاً ، وإن كان يقدر لا يحل .

والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله . قال والمستحب في الابل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره إنما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة

(والصيال كالند) . وفي بعض النسخ كالند والصيال الجملة . (إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله) . قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وحكى في المنتقى وفي البعير إذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله إذا كان لا يقدر على اخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الند .

(قال والمستحب في الإبل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره ، والمستحب في البقر والغنم الذبح) أي قال القدوري «رح» والذبح هو قطع العروق التي في أعلى العنق حتى اللحيين ولا خلاف بين اهل العلم أن النحر في الإبل مستحب والذبح فيما سواها .

قال الله سبحانه وتعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ أي الجزور . وقال سبحانه وتعالى ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ وهو الكبش ، ولأنه ﷺ ضحى بكبشين فذبحهما بيده ونحر بدنة أي جزوراً متفق عليه .

(فإن نحرهما جاز ويكره) أي فإن نحر البقر والغنم جاز ويكره فعله إلا المذبوح .
(إنما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة) وهي ما رواه البخاري في صحيحه باسناده عن أنس «رض» قال نحر رسول الله ﷺ سبع بدنات بيده قياماً وذبح بالمدية كبشين أملحين أقرنين.

وروى مسلم باسناده عن جابر قال كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فيذبح البقرة عن سبعة
(ولاجتماع العروق فيها) أي في البقر والغنم (في المنحر وفيهما في المذبح) وهو موضع المذبح .

(والكراهة) بالرفع عطفاً على قوله الاستحباب أي الكراهة الحاصلة في نحر البقر

لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل ، خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل . قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر ، وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف ومحمد إذا تم خلقته أكل . وهو قول الشافعي « رح »

والغنم وذبح الإبل (لمخالفة السنة) وهي التي ذكرناها ولأنه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر (وهي) أي الكراهة (لمعنى في غيره) أي في غير الذبح والنحر لمخالفته السنة لا لذات ذبح ما ينحر .

(فلا تمنع الجواز والحل) أي إذا كان كذلك فلا يمنع النحر في موضع الذبح أو الذبح في موضع النحر جواز الفعل وحل المذبوح . (خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل). قال في شرح الاقطع وعن مالك إذا ذبح البدن لم يؤكل وهذا بخلاف ما قاله ابو القاسم بن الجلاب في كتاب التفريع والاختيار ذبح البقر والغنم ونحر الإبل فإن ذبح بعيراً من ضرورة فلا بأس بأكله ، وإن كان من غير ضرور أكلها ، ومن نحر شاة ضرورة أكلت ، وإن كانت من غير ضرورة كره أكلها ، ومن نحر من غير ضرورة ، أو من ضرورة فلا بأس بأكلها انتهى .

(قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتاً لم يؤكل أشعر أم لم يشعر) أي القدوري أشعر الجنين : إذا نبت شعره ، مثلا أعشب المكان إذا نبت عشبه . (وهذا عند أبي حنيفة « رح » وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقته أكل وهو قول الشافعي « رح ») وأحمد ومالك . وفي المبسوط إلا انه روى عن محمد « رح » انما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت خلقته ، فأما ما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل ، وبه قال مالك والليث وأبو ثور « رح » .

وقال ابن الجلاب في التفريع ، وقال وإذا ذبحت الذبيحة فإذا وجد في جوفها جنين ميت فلا بأس بأكله إذا تمت خلقته ونبت شعره ، فإذا لم تتم خلقته ولم ينبت شعره لم يجز

اكله ، فإن انفصل منها حياًأو استهل خارجاً انفرد بحكم نفسه ،ولم يجز أكله بذكاة امه فإن ذكي جاز أكله وإن مات قبل ذكاته لم يجز أكله . وقال الحرفي الحبلىوذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر (لقوله ﷺ « ذكاة الجنين ذكاة امه) هذا الحديث رواه أحد عشر نفسا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم .

الأول أبو سعيد الخدري أخرج حديثه أبو داوود والترمذى وابن ماجة عن ابن مالك عن أبي الوداك عن الخدري «رض» ان النبي ﷺ قال« ذكاة الجنين ذكاة امه »قال الترمذى هذا حديث حسن وهذا لفظه ، ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده عن موسى بن أبي اسحق عن ابي الوداك به . ورواه الدارقطني في سننه وزاد أشعر أو لم يشعر فقــــال الصحيح انه موقوف . قال الحافظ وقال المنذرى اسناده حسن ويونس وان تكلم فقـد احتج به مسلم في صحيحه .

الثاني : جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثـــه أبو داوود «رح» عن عبدالله بن أبي زياد القداح عن أبي الزبير عن جابر « رض » عن رسول الله ﷺ قال ذكاة الجنين ذكاة امه . وعبيد بن أبي زياد فيه فقال ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا عبد الاعلى ، حدثنا حماد بن شعيب عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً نحوه .

الثالث : أبو هريرة رضي الله عنه ، أخرج حديثه الحاكم في المستدرك عن عبدالله بن سعيد المقبري عن جده عن أبي هريرة « رح » مرفوعاً ، وقال اسناده صحيح وليس كما قال فان عبدالله بن سعيد المقبري متفق على صحته وأخرجه الدارقطني عن عمرو بن قيس عن عمرو بن دينار عن طاووس عن أبي هريرة . وقال عبد الحق لا يحتـج باسناده . قال ابن القطان وعلته عمرو بن قيس وهو المعروف يدلى، فانه متروك .

الرابع : ابن عمر رضى الله تعالى عنهما اخرج حديثه الحـــاكم عن محمد بن الحسن الواسطي عن محمد بن اسحق وهو يدلس ولم يصرح بالسماع فلا يحتج به ، ومحمد بن الحسن الواسطي ذكره ابن حبان في الضعفاء . وروى له هذا الحديث وله طريق آخر عنـــه الدارقطني عن عاصم بن يوسف عن مبارك بن مجاهد عن عبيد الله بن عمر عن نافــع به .

وقال ابن القطان ، وعاصم رجل لا يعرف له حال ، وقال في التنقيح ، مبارك بن مجاهد ضعفه غير واحد .

الخامس : أبو ايوب رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الحاكم عن شعبة عن ابن أبى ليلى عن اخيه عبد الرحمن بن ابى ليلى عن ايوب مرفوعاً .

السادس : عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثه الدارقطني عن علقمة قال، أراه رفعه ورجاله رجال الصحيح . الاسنح سنحه احمد بن الحجاج ابن الصلت .

السابع : عبدالله بن عباس وموسى بن عثمان الكندي عن ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس وموسى هذا قال ابن القطان مجهول .

الثامن : كعب بن مالك رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الطبراني في معجمه عن اسماعيل بن مسلم عن الزهري عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك مرفوعاً نحوه . قال ابن حبان في كتاب الضعفاء اسماعيل بن مسلم المكي ابو ربيعة ضعيف ضعفه ابن المبارك وتركه يحيى وليس هذا اسماعيل بن مسلم البصرى العبدي صاحب المتوكل ذاك ثقة .

التاسع : ابو أمامه .

العاشر : أبو الدرداء رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثهما البزار في مسنده عن بشير بن عمارة عن الاحوص بن حكيم عن خالد بن سعدان ، عن أبي الدرداء وابي أمامة «رح» قالا قال رسول الله ﷺ ذكاة الجنين ذكاة أمه . وقال البزار وقد روى هذا الحديث من وجوه عن أبي سعيد الخدري وأبي أيوب وغيرهما . أو على من رواه أبو الدرداء «رض» ورواه الطبراني في معجمه ، إلا انه قال عن راشد بن سعد عوض خالد بن سعدان. وكذلك فعل ابن عدى في الكامل وليس بشير بن عمارة ثم قال وهو عندي حديثه إلى الاستقامة أقرب ولا اعرف له حديثاً منكراً .

الحادي عشر : علي رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الدارقطني ، وعن الحارث عنده . والحارث معروف وفيه موسى بن اسماعيل الكندي ، قال ابن القطان مجهول . قال عبد الحق في احكامه هذا حديث لا يحتج باسانيده كلها ، وأقره ابن القطان عليه .

ولأنه جزء من الام حقيقة لأنه يتصل بهـــا حتى يفصل بالمقراض. ويتغدى بغذائهـــا ويتنفس بتنفسها . وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها . وإذا كان جزءاً منها فالجرح في الام ذكـــاة له عند العجز من ذكاته كما في الصيدوله أنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة

(ولأنه) أي ولأن الجنين (جزء من الأم حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض) أى حتى يفصل الجنين عن أمه بقطع سرته بالمقراض (ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها) أى بغذاء أمه وهذا كله دليل على كونه جزءاً من الأم .

(وكذا حكما) أي وكذا جزء من الأم حكما من حيث الحكم (حتى يدخـــل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها) أي يعتق الجنين باعتاق أمه في بني آدم ، وقال في الاسرار لو قال اعتقت الامة إلا ما في البطن عتق ما في البطن كما لو قال اعتقتها إلا يدها.

(وإذا كان جزءاً منها) أي وإذا كان الجنين جزءاً من الأم حقيقة وحكما . (فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز من ذكاته)أي عند عدم القدرة على ذكاة الاختيار في الجنين(كما فى الصيد) إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار ، اكتفى بذكاة الاضطراب وهي الجرح في أي موضع كان . وكما في البعير الناد . فكذ اكتفى بذكاة الأم .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (أنه) أي الجنين (أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها) أي بعد موت الأم ولا يتوهم بقاء الجزء حياً بعـــد الانفصال وبعد موت الأصل .

(وعند ذلك) أي عند كونه أصلا في الحياة (يفرد بالذكاة) يعني يذكر على حـدة ولا يذكى بذكاة أمه (ولهذا) أي ولكونه أصلا في الحياة (يفرد بإيجـاب الغرة) يعني إذا أتلف الأم ومات الجنين من ذلك يضمن التالف ودية الأم وغرة الجنين . ولو كان جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل . ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إيجـاب الدية .

ويعتق باعتاق مضاف اليه ، وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي ، وما هو المقصود من الذكاة ، وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه . فلا يجعل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد . لأنه سبب لخروجه ناقصاً ، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر . وإنما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ، ويعتق باعتاقها

(ويعتق) أي الجنين (باعتاق مضاف إليه) أي إلى الجنين دون الأم .

(وتصح الوصية له وبه) أي للجنين وبالجنين فلهذه الأشياء كلها أحكام النفوس لا الاجزاء (وهو)أي الجنين(حيوان دموي) ،مثل أمه فلا يكون ذكاة أمه سبباً بخروج الدم منه (وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز) أي التمييز وهكذا هو في بعض النسخ أي الفصل من الرطوبات السائلة النجسة . واللحم طاهر أشار إليه بقوله (بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم) قوله لا يحصل خبر لقوله وما هو المقصود (إذ هو) الجنين (ليس بسبب لخروج الدم عنه) أي عن الجنين (فلا يجعل تبعاً في حقه) أي فلا يجعل الجنين تبعاً لأمه في حق خروج الدم .

(بخلاف الجرح في الصيد) هذا جواب عن قولهما كما في الصيد تقريره أن يقال إن القياس على الصيد غير صحيح لأن أصل الجرح وجد في الصيد (لأنه) أي الخروج في الصيد (سبب لخروجه ناقصاً) أي لخروج الدم عنه حال كونه ناقصاً لكونه من غير الذبح (فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر) أي عند عدم القدرة على الأصل وهو الذبح في الحلق . فأقيم السبب الذي هو الجرح وإسالة الدم مقام المسبب . بخلاف الجنين فانه لم يوجد فيه الجرح أصلا .

(وإنما يدخل في البيع) جواب عن قولهما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم تقريره إنما يدخل الجنين في بيع أمه (تحريا) أي طلباً (لجوازه) البيع (كيلا يفسد) أي البيع (باستثنائه) أي باستثناء الجنين لأن استثناءه يفسد البيع . (ويعتق باعتاقها)

كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق .

جواب عن قولهما ويعتق باعتاقها ، أي يعتق الجنين باعتاق الأم (كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق) والولد يتبع الأم في الحرية والرقية .

ولم يجب على قولهما وتغذى بغذائها ، فجوابه أن يقال لا نسلم ذلك ولكن هل يبقيه الله تعالى في بطن أمه من غير غذاء ؟ ويوصل الله سبحانه وتعالى الغذاء إليه كيفما شاء فإن قدرته الباهرة لا تعجز عن ذلك .

فان قلت هل لأبي حنيفة أثر في ذلك ؟ قلت روى محمد « رح » في كتاب الآثار وقال أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم قال لا تكون ذكاة نفس ذكاة نفسين ، يعني الجنين ، وإذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تذكر ذكاته .

فان قلت كيف جاز له ترك الحديث المرفوع الصحيح والعمل بأثر التابعي قال قلت في الاسرار لعل هذا الحديث لم يبلغ أبا حنيفة «رح» فانه لا تأويل في المبسوط ، لا يكاد يصح هذا . قلت فيه نظر لأننا قد بينا أن الحديث صحيح وما نقله في الاسرار حسن . واستدل بعضهم لأبي حنيفة بقوله ﷺ إلا أن الذكاة في الحلق واللبة بين أن جنس الذكاة في الحلق واللبة لأنه ذكرهما بلام التعريف . ولا معهود ان كان لتعريف الجنس . فلو حل الجنين بدون ذكاة في اللبة والحلق لا يكون الجنس منحصراً فيه وقال ابن حزم لا يترك نفس القرآن وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾ وقوله ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ بالخبر المذكور واختار في ذلك قول أبي حنيفة«رح»واختاره أيضاً زفر والحسن ابن زياد كما ذكرنا .

وبهذا الحد من ما قاله ابن المنذر ولم يرو عن أحد من الصحابة والتابعين وسائر العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا بانشاء الذكاة فيه إلا ما روى عن أبي حنيفة «رح » ولا أحسب أن أصحابه وافقوه عليه و كيف يقول هذا وقد وافقه من أصحابه زفر والحسن بن زياد وقال به ابراهيم النخعي كما بينا .

فان قلت ، لم لا يجيب المصنف «رح» عن الحديث . قلت قال صاحب العناية لأنه لا يصح الاستدلال ، لأنه يروى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوباً فلا اشكال أنه

شبيه ، وإن كان مرفوعاً فكذلك ، لانه أقوى في التشبـــه من الاول . وقال الكاكي «رح» والمراد من الحديث التشبيه لا الانشاء أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقول الشاعر :

فعيناك عيناهـا وجيدك جيدها ولكن عظيم الساق منك دقيق

أى عيناك شبيهة بعيني الجنية ، ولولا المراد بـــه بما قالوا لقال : « ذكاة الام ذكاة الجنين » ، كما يقال لسان الوزير لسان الامير ، وإن كان يحتمل ما قاله أو يحتمل مـا قلنا أيضاً فكان من المشترك ، فلا يبقى حجة قلت قول صاحب العناية روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فيه نظر لان الحافظ المنذرى قال فان قلت ما يقول في روايـــة أبي داوود في حديث أبي سعيد الخدرى «رح» أى الذى ذكرناه قال قلنا يا رسول الله صلى الله عليـــه وعلى آله وأصحابه وسلم ينحر الناقة ويذبـح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيـه أم نأكله ؟ فقال « كلوه إن شئتم فان ذكاته ذكاة أمه » .

قلت هو يعارض كتاب الله وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ وقوله سبحانه وتعالى ﴿ والمنخنقـة ﴾ والجنين الذى خرج ميتاً ميتة ومتحقق وشرط المعارضة المساواة ، ولا مساواة بين الكتاب وخبر الواحد فيحمل ذلك على النسخ ويؤول في بطنها الجنين قريب من الموت .

(فصل فيما يحل اكله وما لا يحل)

أى هذا فصل في بيان (فيما يحل أكله) من الحيوانات (وما لا يحل) ولما ذكر أحكام الذبح شرع في تفصيل المأكولات منها وغيره ، إذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الاكل وقدم الذبح لانه شرط المأكول . والشرط مقدم وقال الاترازي «رح» والانسب ان يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد لان كل مـــا ذكره من الصيد إلا الفرس والبغل والحمار . قلت لا يلزم أن يكون كل ما ذكره من الصيد وقـد يكون من جهة غير الصيد . والمقصود بيان ما يؤكل وما لا يؤكل فيها لضرورة أن كلا منهـا يحتاج

قال ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع

إلى الذبح . فالاول للحل والثاني لطيب لحمه وجلده فيكون موضعها كتاب الذبائح .

(قال ولا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع) أي قال القدوري«رح» في مختصره لا يجوز أكل صاحب الناب من السباع وهو قول الشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأكثر أهل العلم وعن بعض أصحاب مالك «رح» هو مباح ، وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير «رح» لعموم قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً ﴾ ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ . والمراد من ذي ناب السبع الذى يفرس بنابه ومن ذى مخلب هو الذى يصطاد بمخلبه ، وهو المراد بالإجماع لان كل صيد لا يخلو عن مخلب .

وقال الكرخي في مختصره فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والضبع والثعلب والسنور البري والاهلي . (ولا ذي مخلب من الطيور) أي ولا يجوز أيضاً أكل ذي مخلب من الطير ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور «رح» وأكثر أهل العلم .

وقال مالك والليث والاوزاعي ويحيى بن أبي سعيد «رح» لا يحرم من الطير شيء . وهو قول أبي الدرداء «رض» وهو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لعموم الآيات المحلة وذي مخلب من الطير الصقر والعقاب والباز والشاهين والنسر والغراب الابقع والاسود إن كان يأكل الجيف على ما يجيء والمخلب للطائر كالظفر للانسان والمراد به مخلب وهو سلاح .

(لان النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع) هذا الحديث رواه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الاول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أخرج حديثه مسلم في الصيد عن ميمون بن مهران عن إبن عباس رضي الله تعالى عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير . وقال ابن

القطان «رح» في كتابه وهذا الحديث لم يسمعه ميمون بن مهران من ابن عباس «رض» بل بينهما سعيد بن جبير «رح» .

وهكذا رواه أبو داود في سننه من حديث علي بن الحكم عن ميمون بن مهران عن سعيد بن جبير عن ابن عباس «رض» فكذلك رواه البزار في مسنده وقال لا يعلم أحداً رواه غير ميمون عن سعيد بن جبير عن ابن عباس «رض» ولم يذكروا سعيداً بينهما .

الثاني : خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه أبو داود مرفوعاً عنه وحرام عليكم الحمر الاهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير .

الثالث : علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه أحمد « رح » في مسنده عن عاصم بن حمزة عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير .

الرابع : أبو ثعلبة الحسيني ولكن روى شطر الحديث أخرج الأئمة الستة عن حديثه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السبع .

الخامس : أبو هريرة رضي الله عنه كذلك روى شطره أخرجه مسلم «رح» من حديثه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع فأكله حرام .

السادس : جابر بن عبد الله أخرج حديثه الكرخي في مختصره باسناده إليه نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير . وهذه الأحاديث نص صريح يخص عموم الآيات .

(وقوله من السباع) أي قوله ﷺ من السباع في آخر الحديث الذي (ذكر عقيب النوعين) أي عقيب ذي مخلب وذي ناب (فينصرف إليهما) أى إلى النوعين (فيتناول سباع الطيور والبهائم) فكأنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وعن أكل كل ذي مخلب من الطير إنما الصرف قوله من السباع إليهما لا إلى الجملة الأخيرة لكون الخبر واحداً وهي نهي ، فيكون بمنزلة الجملتين المعقبتين بالشرط ، فالشرط يتصرف إليهما لا إلى الأخيرة . كما

لا كل ماله مخلب أو ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى . ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالأكل

إذا قال امرأته طالق ، وعبده حر إن كلم فلاناً (لأكل مـــاله مخلب أو ناب) أي لا يتناول كل حيوان له مخلب كالحمامة أو ناب كالبعير ، ويميل هذا التقرير وشيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط من هذا الموضع ولكن فيه نظر قوى لأنه لم يذكر قـط في الحديث في روايات الثقات لفظه من السباع إلا مقدمة عن أكل ذي مخلب من الطير ، فان سبب صدق ذلك تقارد الاحاديث التي مرت آنفاً .

وما حديث أبي ثعلبة الحسيني الذي هو أقواها وأصحها لم يذكر فيه ذو مخلب،فاذا تقرير المصنف وشيخ الإسلام خواهر زاده بناء على غير أصل .

فان قلت لما لا يجوز أن تكون الرواية التي ذكرها صحيحة قلت لو كان كذلك لنقلها الثقات في كتبهم ، وإنما الافقه من التقليد . وقال الأترازي«رح» ولو صحت تلك الرواية فيمتنع انصراف قوله إلى النوعين جميعـــا لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب .

(والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) إنما ذكر أوصاف السبع بشيء من ذلك قوله كيلا يعدو شيء إلى آخره . ومختطف من الخطفة ، ومنتهب من النهب ، والفرق بينهما أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل البهائم والسباع ، فلـما كان السبع مقابلا وصف السبع بهذين الوصفين .

قال في المبسوط المراد بذي الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالباز والعقاب . ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب . قوله عادة من عدا عليه عـــدواً أصله عادى فاعل اعلال قاض وقوله عادة نصب على الظرف .

(ومعنى التحريم والله سبحانه وتعالى أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل) أي المعنى الذي ورد التحريم لأجله في ذي مخلب من الطير وذي ناب من السباع هو كرامة بني آدم بيانـــه أن الاختطاف والانتهاب والقتل

ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما

عادة أوصاف ذميمة فحرم الشرع سباع البهائم كيلا يعدوشيء من هذه الأوصاف الذميمة إلى الآكل لان العدو أثر في ذلك كما في قوله ﷺ لا يوضع لكم الحمقى فان اللبن يعدى وكانت الحرمة كرامة لبني آدم كما كانت الإباحة كذلك أو كان معنى التحريم الايذاء والخبث تارة يكون بالناب وتارة بالمخلب والخبث يكون خلقة كما في الهوام والحشرات أو بعارض كما في الجلالة.

(ويدخل فيه الضبع والثعلب) أى في التحريم لأنها ذو ناب من السباع (فيكون الحديث حجة على الشافعي « رح » في إباحتها) أى الحديث المذكور وإباحتهما مصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ، والتقرير في إباحتها ، وبقوله قال مالك وأحمد « رح » في الضبع وأحمد أيضاً في الثعلب في رواية ، وفي أكثر الروايات عنه أنه حرام ، وبه قال مالك «رح» وهو قولنا. واحتجوا في ذلك بما أخرجه الترمذى في الحج والاطعمة. والنسائى في الصيد والذبائح . وابن ماجة في الاطعمة ، كلهم عن عبد الرحمن بن أبي عمار «رض» قال سألت جابر بن عبد الله «رض» عن الضبع : أصيد هي ؟ قال نعم، قلت أنت سألت رسول الله ﷺ قال نعم .

قال الترمذي حديث حسن صحيح. وقال في علله، قال البخاري حديث صحيح ورواه ابن حبان في صحيحه بهذا السند. ورواه الحاكم في المستدرك عن ابراهيم الصانع عن عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الضبع صيد فإذا أصابه المحرم ففيه كبش صيد يؤكل . وقال حديث صحيح ولم يخرجاه .

وأخرجه أبو داود بسند السنن ، ولم يذكر فيه الأكل ولفظه قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال هو صيد ويجعل فيه كبش إذا اصطاده المحرم واتخذوا من هذا اللفظ إباحه أكله زاعمين أن الصيد إسم للمأكول ومنشأ الخلاف في قوله سبحانه وتعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ﴾ . فعند الشافعي « رح » لو قتل السبع ونحوه مما لا يؤكل لا يجب عليه شيء . وعندنا يجب عليه لأن الصيد إسم للممتنع المتوحش

في أصل الخلقة قالوا لو كان هذا مراد الخلاء عن القاعدة إذ كل أحد يعرف أن الضبع ممتنعة متوحشة . فإنما سأل جابر رضي الله تعالى عنه عن أكله سيما وقد ورد التصريح بأكلها ، قلنا هذا ينعكس عليهم لأنه لما سأله أصيد هي ؟ قال له نعم . ثم قال سألته أكلها قال نعم فلو كان الصيد هو المأكول لم يفد السؤال .

واستدل الإمام فخر الدين في تفسيره على أن الصيد إسم للمأكول بقوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مـا دمتم حرما ﴾ قال فهذا يقتضي أكل صيد البحر دائماً وحل صيد البر في غير وقت الاحرام . وفي البحر ما لا يؤكل كالتمساح . وفي البر ما لا يؤكل كالسباع .

قال قلت إن الصيد إسم للمأكول ، قلت الصيد في الآية مصدر بمعنى الاصطياد ، ويكون الإضافة بمعنى في أي أحل لكم الاصطياد في البحر وحرم عليم الاصطياد في البر . بدليل أن المحرم يجوز له أكل لحم اصطياده حلالاً عندنا وعندهم . فعلم أن المراد بالصيد في الآية الاصطياد لا الحيوان.

وقد أشار إليه المصنف فيما بعد في مسألة أكل السمك وقال إن المراد بالصيد في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ الاصطياد لا الحيوان .

والجواب عن حديث جابر رضي الله تعالى عنه أنه قال في الابتداء ثم نسخ بقوله سبحانه وتعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . ولأن حديثنا مشهور لا شك في صحته ولا يعارضه حديث جابر إن كان مشهوراً صحيحاً على ما قالوا . لأن حديثنا مروي من عدة طرق ، فلا يعارض به حديث جابر «رض» لأنه أفرد به عبد الرحمن بن أبي عمار «رح» وليس هو بمشهور بنقل أهل العلم ولا ممن يحتج به إذا خالفه ممن هو أثبت منه . كذا قال صاحب التمهيد .

فإن قلت رواه البيهقي أيضاً من طريق عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه قلنا في ذلك الطريق شخصان فيهما كلام وهما حسان بن ابراهيم عن ابراهيم بن ميمون الصانع . أما حسان فقد ذكره النسائي في الضعفاء وقال ليس بقوي .

وأما الصانع فقد ذكره الذهبي في كتاب الضعفاء ، وقال قال أبو حاتم لا يحتج بـه .
على أن لنـا أحاديث أخرى تدل على تحريم الضبع . منها ، أخرجه الترمذي في كتاب الأطعمة عن اسماعيل بن مسلم المكي عن عبد الكريم بن أبي المخارق « رح » عن حبـان ابن جـزء «رح» عن أخيه خزيمة بن جـزء قال سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع قال أو يأكل الضبع أحد فيه خير .

وأخرج ابن إسحاق عن عبد الكريم بن أبي المخارق به ، فقال أو من يأكل الضبـع .
وكذلك أخرجه ابن أبي شيبة «رح» في مصنفه ومنده وكذا في تاريخ البخاري «رح» ومعرفة الصحابة لابن منذر فإن قلت هذا حديث ضعيف لأن الترمذي « رح » قال هـذا حديث ليس إسناده بالقوي ولا نعرفه من حديث اسماعيل عن ابن أبي المخارق وقد تكلم بعضهم فيها . وضعفه ابن حزم بأن اسماعيل بن مسلم ضعيف . وابن أبي المخارق ساقط . وحبان بن جزء مجهول .

قلت قال ابن معين اسماعيل بن المخزومي المكي ثقـــة . وقال مرة اسماعيل بن مسلم المخزومي أصله بصري وكان بمكة وهو ضعيف . وقال ابن عدي « رح » أحاديثه غـــير محفوظة إلا أنه ممن يكتب حديثه وقال عمر بن علي«رح» كان صدوقاً يكثر الغلط. وعبد الكريم بن أبي المخارق وثقه بعضهم وإن كان الجمهور على تضعيفه وحبان بن جرى معروف وابن حزم ذكره في باب الجرح والتعديل وهـــو أخو خزيمة بن جرى وقال ابن موكول لا حبان بن حربي يروي عن حبان عن أبيه جرى وعن أخيه خزيمة ولهما صحبـــة ورواية عن النبي ﷺ .

روى عبد الكريم بن أمية : فإن كان الأمر كذلك لا يسقط الاحتجاج بالكلية ولا سيما إذا اعتمدناخبر أصح منه . وحبان بكسر الحاء وتشديد الباء الموحدة . وجري بالجيم والراء المعجمة . وأصحاب الحديث يكسرون الجيم .

قال الدارقطنى « رح » : قـال الخطيب بسكون الراء ولم يذكـــر حركة الجيم .
وقال عبد الغني : جري بفتح الجيم وكســـر الراء وخزيمة بضم الخاء وفتح الزاء المعجمتين

ومنه مـا رواه أحمد واسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، حدثنا جرير « رح » عن سهيل بن أبي صالح عن عبد الله بن يزيد السعدي « رح » رجل من بني سعد ابن بكر ، قال سألت سعيد بن المسيب (رض) ان ناساً من قوم يأكلون الضبع فقال : ان أكلها لا يحل . وكان عنده شيخ أبيض الرأس واللحية فقال الشيخ حدثنا عبد الله : ألا أخبرك بما سمعت أبي الدرداء يقول فيـه ، فقلت نعم ، قال سمعت أبا الدرداء (رض) يقول : « نهى رسـول الله ﷺ عن أكل كل ذي خطفة ونهبة ومجثمة وكل ذي ناب من السباع فقال سعيد صدق .

ومنها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري عن سـهل بن أبي صالح . قـال سـأل رجل ابن المسيب (رض) عن أكل الضبع فنهاه فقال إن قومك يأكلونها . فقال إن قومي لا يعلمون . قال سفيان «رح» وهذا القول أحب إلي ، قلت لسفيان فأين ما جـاء عن عمر وعلي (رض) وغيرهما فقال : أليس قـد نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع ، فتركها أحب إلي ، وبه أخذ عبد الرزاق «رح» .

(والفيل ذو ناب فيكره) . فإن قلت إن لم يكـــن من السباع فلا يكره ، قلت الناس لا يعدونه من السباع ولكـــن فيه معنى السبعية وإلحاقه بالسباع يكون بنوع من الإجتهاد فهذا استعمل لفظ الكراهة . كذا قـال تاج الشريعة «رح» . قلت المراد من الكراهة التحريم ، فأكله حرام . وبه قال أكثر أهل العلم إلا الشعبي «رح » فانه أرخص في أكله لعموم قوله سبحانه وتعالى : « قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً » الآية . وبـه قال أصحاب الظاهر والعامة أنه ذو ناب فيدخل في عموم الحديث لأنه مستخبث فيدخل في الخبائث .

(واليربوع وابن عرس من السباع الهوام) اليربوع بفتح الياء ، دويبة تحفـــر الارض ويجعل لها موضعـــاً تحت الارض ، ويجعل لها بابين احدهما يسمى القاطعا وهي التي تنقطع فيها أو تدخل وللأخرى يسمى الناقصا يجتمها ولا يخبها بل يرفقها فإذا أتى صياد من قبل القاطعا هربت وأنت في الناقصا فدفعتها برأسها وخرجت منها ، ويسمى بالفارسية موشى

وشق ، يعني فارة الصحراء أو ابن عرس ، بالإضافة ، دويبة . قال الليث : دويبة دون السنور اشتر أصلم أسك ، وربما ألف البيت فيوكر فيه ، والجمع بنات عرس ، هكذا يجمع ذكراً كان أو أنثى وأهـــل مصر يسمونه عرسه ، يكثر في بيوتها حـد أفراح الدجاج والأوز والحمـــام ونحوها ولا تأكلها ويسمى بالفارسية راسواو أهوام بتشديد الميم ، جمع الهامة وهي الدابة من دواب الأرض ، وجمع الهوام ، نحو اليربوع وابن عرس. والقنفذ : ما يكون سكناه بالأرض والحدر مكروه أكله .

أما اليربوع فعند الشافعي وأحمد «رح» في ظاهر الرواية، وأبي ثور مبـاح لأن عمر رضي الله تعالى عنه حـكم فيه بجفرة ولأن الأصل فيه الإباحة ولم يرو فيه تحريم . وأما ابن عرس فعند الشافعي مبـاح لأنه لا ناب له كالضب . قلنا أنها من سباع الهوام فيدخل في عموم النهي ، وانها من الخبائث والخبائث حرام بلا خلاف ، لانه ينهش بنابه . وكذا ابن آوى وبه قال أحمد وللشافعي فيه قولان لأن ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة ، فيدخل في عموم قوله سبحانه وتعالى : « ويحرم عليهم الخبائث » . والكلب حرام عندنا وعند أكثر أهل العلم .

وعن مالك أنه يكره ولا يحرم كما في السباع . والقرد حرام بلا خلاف . قـــال ابن عبد البر : ولا أعلم بين المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه .

وروى الشعبي «رح» أنه ﷺ نهى عن لحم القرد لأنه سـبع وهو ممسوخ أيضـــاً فيكون من الخبائث المحرمة .

وأما الدواب من السباع المحرمــة وعن أحمد : إن كان ذا ناب يفرس به فهو محرم . فإن لم يكن له ناب أيضاً فلا بأس به .

والوابر دويبة من ابن عرس أكحل العين وهو حرام عندنا . وعنـد الشافعي وأحمد وأبو يوسف «رح» في رواية مبـاح لأنه مثـــل الأرنب يعتلف النبـات والبقول فكان مباحاً . قلنا له ناب يفترس به ، فيدخل في عموم الحديث .

(وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف) أي كـره العلماء أكل الرخم

بفتح الراء والخاء المعجمة . وهو جمع رخمة . قال أبو حاتم السجستاني في كتاب أسماء الطير وصفاتها : الرخمة طائر يأكل الجيف ولا يصطاد ، ولونه البياض ، ويقال له الأنوق . والجمع الرخم .

ويقال في أمثال العرب : أبعد من بيض الانوق، وربما خالط لونها الاسماس يعني النقط الصغار ألا ترى . والرخمة تعظم العقاب ويقال لها أم جعدات ، وأم رسالة ، وأم قيس ، وحفصة ، وأم عجيبة . والذكر منها العديل والفراغ والمعانق ولا يلبث إلا في أرفع موضع يقدر عليه . وفي الصحاح الرخمة طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة ، قيل هي تأكل عظام الميتات .

وأما البغاث فهو طائر بعث اللون إلى الغبرة دون الرخمة ، لا يصيد شيئاً . وقال أبو حاتم ، قال أبو الخطاب ، مما لا يصيد من الطيور الارخام والبغاث . وقال أبو عبيدة البغاث من الطير صفاتها وإذا بعثها الوانها . البغاث اولاد الرخم .

وقال الاصمعي البغاث لئام الطير مثل للعرب أن البغاث بأرضنا يستنسر أى تشبه بالنسور . يضرب مثلاً للئام الناس إذا تكبروا . وقال الاصمعي أن البغاث بكسر الباء وتستنسر بالتاء . فقال ، وقال أبو عبيدة «رض» من جعل البغاث واحداً قال في الجمع بغثان ، ومن اجراه مجرى النعائم وقال بغثانة وبغاث . قال النجاشي فهو رخم طار بغثانها، فليست بمسح مد لأن صفوراً وفي العباب وفي المثل أن البغاث بأرضنا تستنسر، أي من جاوزا عذبنا . وأسند أبو تمام للعباس بن مرداس السلمي رضي الله تعالى عنه وهو لمعاوية بن مالك يعد الحكماء بغاث الطير أكثرها فراخاً ، وأم الصقر ، ثم قال والثانية ثلاث حركات ، قلت مادته باء موحدة وغين معجمة ، ومـا مثليه ، والا بغث قريب من الاغبر .

(قال ولا بأس بغراب الزرع) أى قال القدوري ولا خلاف فيه ويقال الزراع . قال في العباب الزاع غراب صغير يضرب إلى البياض (لأنه يأكل الحب) والجمع زيعات مثل طاق وطبقات. وقال الأزهرى الزاع هذا الطاعم،وجمعه زيعات لا أدري أعربي هو

ولا يأكل الجيف ، وليس من سباع الطير . قال ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف . قال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق لأنه يخلط . فأشبه الدجاجة وعن أبي يوسف « رح » أنه يكره لأن غالب أكله الجيف

أم ... (ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير) فلم يكن من الخبائث ولا يدخل تحت النهى في قوله أي في الحديث المذكور .

(ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) أى الغراب الابقع الذى يأكل الجيف والميتات . وقال الوالوالجي في فتاواه وأما الغراب الابقع والاسود فعلى ثلاثة أوجه : إن كان يأكل الجيف يكره ، وإن كان لا يأكل الجيف ويأكل الحب والزرع لا يكره ، وإن كان يأكل الجيف وياكل الحب يؤكل عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف لا يؤكل ، أي وكذا الغداف وهو غراب القيظ يعني يجيء في زمان القيظ ويكون ضخما في الجناحين ، والجمع غذفان . قال في العباب فربما سموا النسر بالكسر المرسل . غذافا قلت يعني غراب القيظ ، يعني يجيء في زمن القيظ ، وهو شدة الحر .

(وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق لأنه يخلط فأشبه الدجاجة) . العقعق طائر معروف ابلق بسواد وبياض اديب يعقعق بصوته . يشبه صوت الغين والقاف إذا صات.

قال القدوري في شرحة لمختصر الكرخي قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة «رح» عن العقعق فقال لا بأس به ، فقلت انه يأكل الجيف ، فقال انه يخلط بشيء آخر ، فحصل في قول أبي حنيفة «رح» ان ما يختلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج .

(وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب اكله الجيف) أى غالب أ ل العقيق الجيف. وبه قال احمد «رح» إن أكل الجيف . وقال شيخ الإسلام «رح » الاسبيجابي في شرح الكافي لا خير في أكل النسور والعقاب واشباهه لأنه ذو مخلب من الطير ولأنه يأكل الجيف فيفسد لحمه ، وكذلك البازي والصقر لأنه ذو مخلب من الطير ولأنه يأكل الجيف فيفسد لحمه وكذلك العقعق – يريد به اللقلق – لأنه يأكل الجيف ، وأما العقعق والسودانة وما

قـــال ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها . أما الضبع فلما ذكرنا . وأما الضب فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة «رح» حين سألته عن أكله .

اشبه ذلك مما لا مخلب له فلا بأس به ، وكذلك غراب الزرع لأنه يتوقى الجيف ولا يأكل الحب . وقد قيل إن العقعق يأكل الجيف وإن صح كره أكله .

وقال الكرخي «رح» في مختصره ، قـــال أبو يوسف في السنجاب والفنك والسمور والدلق كل شيء من هـــذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه .

وفي فتاوى الولوالجي : أكل الخطاف والفاضنة والعقعق لا بأس به لأنه ليس بذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور ، وأكل الهدهد لا بأس به لأنه ليس بذي مخلب من الطيور .

وقال فخر الدين قاضي خان في فتاواه ، ولا يؤكل الخفاش لأنه ذو ناب ، وفيه نظر لأن والدمس بضم الدال وكذلك الخطاف ولا خلاف فيه لأكثر العلماء . وأما الخفاش فقـــد ذكر في موضع أنه يؤكل ، وفي موضع أنه لا يؤكل وبه قال أحمد . وعن أحمد الخطاف محرم والبرصة لا يؤكل بلا خلاف . وعن أبي يوسف يؤكل البوم لأنه يمتلف البقول .

(قال ويكره اكل الضب والضبع والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها) أي قـــال القدوري إلا الزنبور والسلحفاة وليسا في القدوري وفي العباب الضب دويبة والجمع ضبات وأضبة ومضبة على مفعله كما قالوا الشيوخ مشيخة . وفي المثل أغر من ضب ، لأنه ربمـــا أكل حسولة . والانثى ضبة ، والضب لا يشرب .

والزنبور بضم الراء ، والسلحفاة بضم السين وفتح اللام وسكون الحـــاء . قال تاج الشريعة هي من حيوان الماء ، قلت لا يكون في البحر فكذلك يكون في البر ، والحشرات جمع حشرة وهي صغار دواب الأرض .

(أما الضبع فلما ذكرنا) أشار بقوله إلا انه ذو ناب يدخل فيه الضبع ، يعني أنه ذو ناب وقد استوفينا الكلام فيه هناك .

(وأما الضب فلأن النبي ﷺ نهى عائشة رضى الله تعالى عنها حين سألته عن أكله) هذا رواه محمـــد « رح » بن الحسن عن الأسود عن عائشة رضى الله تعالى عنها انه ﷺ

أهدى له ضب ، فلم يأكله فسألته عن أكله ، فنهاها عن أكله ، فجاء سائل على البـــاب فأرادت عائشة أن تعطيه فقال ﷺ « تعطيه ما لا تأكليه » . والنهى يدل على التحريم .
وروى عن عبد الرحمن بن سثل رضى الله تعالى عنه أخرجـه أبو داوود في الاطعمة عن اسماعيل بن عباس وعن صمصم بن زرعة عن شريح بن عبيد عن أبي راشد الحرماني عن عبدالرحمن بن سثل أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحم الضب .

فإن قلت قال البيهقي يفرد به ابن عباس وليس بحجة ، وقال المنـــذري اسماعيل بن عباس وصمصم فيهما ، فقال ، وقال الخطابى ليس اسناده بذاك قلت صمصم جمعى وابن عباس إذا روى عن الشامي كان حديثه صحيحاً ، كذا قاله البخاري ويحيى بن معـــين وغيرهما . كذا قال البيهقي في باب ترك الوضوء من الدم في سنته ، وكيف يقول هناوليس بحجة ، ولهذا لما أخرج أبو داوود هذا الحديث سكت عنه وهو حسن عنده على ما عرف وقد صحح الترمذي لأبن عباس عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة وشرحبيل الشامى .
وروى الطحاوى في شرح معاني الآثار مسنداً إلى عبد الرحمن بن حسنة قال : نزلنا ارضاً كثيرة الضباب ، فأصابتنا مجاعة فطبخنا منها وان القدر لتغلي بها إذ جاء رسول الله ﷺ فقال ما هذا ؟ فقلنا ضباب أصبناها فقال إن امـة من بنى اسرائيل مسخت دواب في الأرض اني أخشي أن تكون هذه فأكفئوها .

(وهو حجة على الشافعي في إباحته) أكل الضب أى حديث عائشة رضى الله تعالى عنها حجة على الشافعى في إباحته أكل الضب .

فالمصدر مضاف إلى فاعله والفاعل محذوف أو يكون مضافاً إلى مفعوله ويكون ذكر الفاعل مطويا .

وبقوله قال مالك وأحمد والطحاوى في شرح الآثار رجح إباحة أكل الضب ثم قال لا بأس بأكل الضب ، فقال وهو القول عندنا . واستدلوا بمـا روى البخارى ومسلم عن خالد بن الوليد « رض » أنه دخل مع رسول الله ﷺ على ميمونة وهى خالته فوجـــد عندهـــا ضبا محنوذاً فاهوى رسول الله ﷺ بيده إلى الضب فقالت امرأة في النسوة

الحضور واخبرت رسول الله ﷺ بما قدمن له فقلن هو الضب يا رسول الله فرفع رسول الله ﷺ يده ، فقال خالد «رض» أحرام الضب يا رسول الله ﷺ قال « لا ولكن لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه فاحرز منه » ، فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر إلي فلم ينه .

ومما أخرجاه ايضاً عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما . أهدت خالة أم جعيد إلى رسول الله ﷺ أقطا وسمنا وضبا فأكل من الأقط والسمن وترك الضب تعذراً ، قال ابن عباس «رض» فأكل على مائدته ولو كان حراماً لما أكل على مائدة رسول الله ﷺ وبما اخرجاه عن الشعبي عن ابن عمر «رض» قال كان ناس من اصحاب النبي ﷺ فيهم سعد فذهبوا يأكلون من لحم ، فنادتهم امرأة من بعض اصحاب النبي ﷺ أنه لحم ضب فامسكوا ، فقال رسول الله ﷺ « كلوا وأطعموا فانه حلال» وقال لابأس به ولكنه ليس من طعامي .

وبما رواه يعلى في مسنده حدثنا جابر ، حدثنا جرير عن يزيد بن أبى زياد ، عن يزيد بن الأصم عن خالته ميمونة قالت أهدى إلي ضب وعندي رجلان من قومي فصنعته وقربته اليهما فأكلا منه ، ثم دخل رسول الله ﷺ وهما يأكلان فوضع يده فيه فقال : ما هذا ؟ فقلنا له ضب ، فوضعه من يده وأراد الرجلان أن يضعا ما في أفواههما ، فقال لهما عليه السلام « لا تفعلوا فانكما أهل نجد تأكلونها ، وإنا أهل تهامة نعافها».

والجواب عن هذا أنه يدل على الإباحة . وما استدللنا به يدل على الحرمة والتاريخ مجهول فيجعل المحرم مؤخراً عن المبيح فيكون ناسخاً له تعليلا للنسخ .

(والزنبور من المؤذيات) لأن من ذوات السم (والسلحفاة من خبائث الحشرات) . قال داود السلحفاة حلال. وقال ابن الجلاب في التفريع ولا بأس بأكل السرطان والسلحفاة والضفدع ، وقال به أيضاً ولا بأس بأكل الطير كلها ما كان منها ذا ناب مخلب وغير ذي مخلب كالبزاة والعقاب والرخم والحداة والغربان وسائر سباع الطيور وهي في ذلك بخلاف سباع الوحوش . وفي الحلية والخنافس والعناكب والقطاع واللحكاء من الخبائث . واللحكاء دويبة كالسمك تسكن بالرمل ثقلة الجلد يعرض مقدمها ويدق مؤخرها إذا

وهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها . قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال

أحست بإنسان غارت بالرمل. وكذا الخنفسة أو سام أبرص وحارفسان والزنابير والزباب وما أشبه ذلك . وما كان في بلاد العجم وليس له شبيه فيما يحل ولا يحرم فيـــه وجهان وقال مالك وابن أبي ليلي والأوزاعى في ذلك كله بالإباحة . وقال مالك الخنثة مباح إذا ذكيت واحتجوا بالعمومات المبيحة من قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجـــد فيما أوحى إلي محرما ﴾ الآية .

ولنا قوله سبحانه وتعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . (ولهـــذا) أي ولكون الزنبور من المؤذيات والسلحفـــاة من الحشرات (لا يجب على المحرم بقتله شيء) أي يقتل كل واحد منهما .

(وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أي لأن الضب من الحشرات. فإذا رتب الحكم على الجنس صحت على جميع أفراده كما إذا قال طبيب للمريض لا تأكل لحم البعير ، يتناول الكلام عن أكل الأفراد .

(قـال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال) أي قال القدوري رضى الله عنه قيد بالأهلية لأن في الحمر الوحشيه لا خلاف لا حد في إباحتهـــا . قال الكاكى «رح» أو في الكافي وغيره من كتب أصحابنا كان بشر المريسي ومالك يبيحان أكل الحمرولم اعتد على ذلك في كتبهم و كتب أصحاب الشافعى وأحمد «رح» .

وقال فى المغنى لابن قدامة قال عبد البر لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم فى تحريمه ، وإنما حكى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما إباحته بظاهر قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد ﴾ الآية .

قلت ذكر فى التفريع للمالكية ولا بأس بأكل لحوم الحمر الأهلية ولا البغـــل ، ويكره أكل الخيل .

قال شيخ الإسلام فى شرح الكافى وتكره لحوم الحمر والبغال . وقال مالك « رح » بعض فقهاء الشام لا بأس به . وأراد ببعض فقهاء الشام الاوزاعى وبه صرح فخر الإسلام

لما روي خالد بن الولد رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمر .

في شرح الجامع الصغير وهم احتجو بما أخرجه أبو داود .

وفى الإطعمة عن منصور بن عبيد أبى الحسن ، عن عبد الله بن خفل ، عن غالب بن الجرقال قال اصابتنا سنة فلم يكن فى مالي شىء أطعم أهلي إلا أشياء من حمر . وكان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية فأتيته فقلت يا رسول الله ﷺ أصابتنا السنة ولم يكن عندي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر ، وأنت حرمت الحمر الأهلية ، فقال أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل جوال القرية .

ورواه الطحاوي فى لفظ أطعم أهلك من سمين مالك ، قوله جوالي القرية بالجيم وتشديد اللام ، جمع جالة بمعنى جلالة ، وهى أكلة العذرة .

وللجمهور الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾ الآية ٨ النحل خرجت مخرج الامتنان وقد من الله سبحانه وتعالى بمنفعة الركوب والزينة ولو كان الأكل من هده الأشياء حلالاً لمن بذلك أيضاً، لأن منفعة الأكل أكثر من منفعة الركوب والزينة لأن الإنسان يحيى بلا ركوب وزينة ولا يحيى بلا أكل . أى ترى أنه سبحانه وتعالى بدأ بذكر الأنعام قبل ذكر الزينة وحمل الاثقال . فقال ﴿ والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ﴾ إلى ﴿ رؤوف رحيم ﴾ فلم يذكر هنا منفعة الاكل مع انه فوق منفعة الركوب والزينة دال أنه إنما لم يذكره لان هذه الاشياء غير مأكولة اللحم والسنة وهى ما رواه جماعة من الصحابة « رض » منهم خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أشار إليه بقوله . (لما روى خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمر) أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجة عن بقية ، حدثنى ثور بن يزيد عن صالح بن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير .

هذا لفظ ابن ماجة ولفظ أبي داود قال غزوت مع رسول الله ﷺ خيبر فأتت اليهود

وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر

فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم فقال رسول الله ﷺ ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها ، وحرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ، وعنده بقية عن ثور لم يقل فيه حدثني. وكذلك رواه الواقدي في المغازي حدثني ثور بن يزيد عن صالح بلفظ أبي داود ، ثم قال الواقدي الثابت عندنا أن خالد لم يشهد خيبر وأسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان بن أبي طلحة أول يوم من صفر سنة ثمان انتهى كلامه. ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه . وقال أبو داود هذا منسوخ . وقال النسائي لا أعلم رواه غير بقية وتشبه ان كان صحيحاً أن يكون منسوخاً لأن قوله في حديث جابر «رض» وأذن في لحوم الخيل دل على ذلك وأخرجه عن صالح به ، وأخرجه الدارقطني عن الواقدي ، حدثنا ثور بن يزيد ، ونقل عن موسى بن هارون أنه قال لا يعرف صالح بن يحيى ولا أبوه ولا جده وهذا حديث ضعيف . وزعم الواقدي «رح» أن خالد بن الوليد «رض» أسلم بعد فتح خيبر ، ثم أخرجه عمر بن هارون البلخي حدثنا ثور بن يزيد عن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده خالد بن الوليد «رض» فذكره قال لم يذكر في اسناده مضطرب ، وقال البخاري في تاريخه صالح بن يحيى بن مقدام فيه نظر ، وقال البيهقي في المعرفة وإسناده مضطرب وهو مخالف لحديث الثقات انتهى . ومنهم علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أشار إليه بقوله (وعن علي «رض» أن النبي ﷺ أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر) . أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل الحمر الأنسية .

ذكره البخاري «رح» في غزوة خيبر ومسلم في الذبائح ، وأخرجاه في النكاح أيضاً كذلك وفي لفظ البخاري عام خيبر . وفي لفظ له زمن خيبر .

ومنهم عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أخرج حديث البخاري «رح» مسنداً إلى

سالم ونافع عن ابن عمر «رض» نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ومنهم البراء وابن أبى أوفى رضى الله تعالى عنهما . أخرج حديثهما البخاري أيضاً بإسناده إليهما قالا نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية ومنهم أبو ثعلبة أخرج البخاري أيضاً حديثه قال حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما . أخرج حديثه أبو داوود عن طاوس عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن الجلالة وعن ركوبها وأكل لحمها .

ومنهم عبد الله بن العباس رضي الله تعالى عنهما . أخرج حديثه الطحاوي باسناده إلى مجاهد عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية . ومنهم أبو سليط وكان بدريا رضي الله تعالى عنه . أخرج حديثه الطحاوي أيضاً باسناده الى عبد الله بن أبي سليط عن أبيه وكان بدرياً قال لقد أتانا نهي رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر ونحن بجروان القدور تفور بها فأكفيناها على وجوهها ومنهم أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه . أخرج حديثه الطحاوي أيضاً بإسناده إلى ابن سيرين عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال : لما افتتح النبي ﷺ خيبر أصابوا حمراً فطبخوا منها ، فنادى منادي رسول الله ﷺ : ألا إن الله ورسول الله ﷺ ينهاكم عنها فإنها نجس فاكفوا القدور .

وأخرجه البيهقي أيضاً في سننه ومنهم أبو هريرة رضي الله عنه . أخرج حديثه الترمذي عن محمد بن عمرو بن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه : ان رسول الله ﷺ حرم يوم خيبر كل ذي ناب من السباع والمجيحة والحمارى الانسية . وقال حديث حسن صحيح .

ومنهم المقداد رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه البيهقي أيضاً من حديث معاوية ابن صالح ، حدثني ابن جابر سمع المقداد صاحب النبي ﷺ يقول : حرم رسول الله ﷺ أشياء يوم خيبر ومنهم الحمار الأهلي . وقال الذهبي اسناده قوي .

ومنهم سلمة (رض) ، أخرج حديثه البخاري ومسلم « رح » عنه قال : لما قدمنا خيبر رأى رسول الله ﷺ نيرانا توقد قال : علام توقد هذه النيران ؟ قالوا له: لحوم الحمر

الأهلية ، قال : إكسروا القدور وأهرقوا ما فيها ، فقيل : يا رسول الله ﷺ أنريق ما فيها ونغسلها ؟ قال : إذ ذاك .

ومنهم جابر «رض» على ما يأتي عن قريب فهؤلاء الاربعة عشر صحابياً رووا تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، والجواب عن حديث غالب بن الحرانه حديث في اسناده اختلاف كثير ، منهم من يقول عن عبيد بن الحسن ، منهم من يقول عن عبد الرحمن بن معقل ، ومنهم من يقول عن ابن معقل وغالب بن الحر ويقال الحر بن غالب ، ومنهم من يقول غالب بن ذريح بن غالب ، ومنهم من بقول عن اناس بن مذنبة أن رجلاً أتى النبي ﷺ . ومنهم من يقول أن رجلين سألا النبي ﷺ .

وهذه الإختلافات بعضها في معجم الطبراني « رح » ، وبعضها في مصنف ابن أبي شيبة ، وبعضها في مصنف عبد الرزاق ، وبعضها في مصنف البزار . وقال البزار «رح» : لا يعلم لغالب بن الحر غير هذا الحديث .

وقد اختلف فيه فبعض أصحاب عبيد بن الحسن يقول عن غالب بن الحر ، ومنهم من يقول عن الحر بن غالب ، ومنهم من يقول عن غالب بن ذريح ، انتهى .

وكذلك اختلف في الميتة . فمنهم من يقول كل من سمين مالك ، وقال البيهقي «رح» في المعرفة وحديث غالب بن الحر اسناده مضطرب وإن صح فإنما رخص له عند الضرورة حيث يباح الميتة . وقال في سننه الكبرى ومثل هذا لا يعارض الصحاح المصرحة بالتحريم انتهى .

قلت الدليل على أنه أباح ذلك عند الضرورة ما حدث الطحاوي « رح » في شرح الآثار مسنداً إلى غالب بن ذريح فإن قيل النبي ﷺ : انه أصابتنا سنة وان سمين مالنا في الحمر يقال كلوا من سمين مالكم فأخبر أن ما كان اباح لهم ذلك في عام سنه ضرورة ولا يدل ذلك على الاباحة ونقول ما روى غالب بن الحريدل على الاباحة وما روى غيره يدل على التحريم ، والتاريخ مجهول فيجعل دليل الحرمة مؤخراً تغليبا للنسخ أو يقول معنى قوله كل من سمين مالك أي كل ثمنه كما يقال أكل فلان عقاره أي ثمنه قال الشاعر :

قـــال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة « رح » وهو قول مالك « رح » وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » والشافعي « رح » لا بأس بأكله بحديث جـــابر رضي الله عنه أنه قال : نهى رسول الله ﷺ الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر .

إن لنـا حمـراً عجـافاً   يأكل كل ليلة أكافا

والمراد ثمن الاكاف لا يقال حرمها لقلة الحمير يوم خيبر بل لأنها نهب لم تخمس لأن ابن عوفي يعني ابن خيبر فذكر له ذلك فقال له حرمها البتة فتبين انه ما حرمها لقلة الحمر ولأنه ﷺ أمر باكفاء القدور بعدما صار لحماً ما بقي فيه منفعة الحمر وصار هو مأكولاً وفيه منفعة القائمين بالطعام فلا بأس بالاكفاء والله سبحانه وتعالى أعلم .

وأما البغال فكذلك حرام أكلها لقوله سبحانه وتعالى : « والخيل والبغال » كما قـد ذكرنا ولأن الولد قد يتبع الام في الحـــل والحرمة . وأما البغل أو الفرس أو الحمار ، وايا ما كان فالبغل مكروه لأن الام مكروهة الأكل عندأبي حنيفة «رح» وقـــال ظهير الدين الولوالجي «رح» في فتاواه أما البغال ان كان الفرس نزا على الحمار يكره لأن لما للإناث غيره بالجماع ، وأما الحمار إذا نزا على الرمكة فكذلك قيـــل هذا قول أبي حنيفة . وأما على قولهما فلا بأس به لأنه ليس لماء الفحل غيره فبقي ماء الام وعندهما لا بأس بأكل الام وينكر أن يسمى بغلاً والظاهر أن الاول قول الكل .

(قـال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله) أي قال القدوري في مختصره (وهو قول مالك رحمه الله) أى قول أبى حنيفة هو قول مالك وبه قال الأوزاعي وأبو عبيد (وقال أبو يوسف ومحمـد والشافعي لا بأس بأكله) . وبـــه قال أحمد وأبو ثور وابن المبـــارك وابن سيرين وابن الزبير والحسن وعطـــاء والأســـود ابن يزيد وسعيد بن جبير «رح» (لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر) هـــذا الحديث أخرجه

ولأبي حنيفة « رح » قوله تعالى : ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها . والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها .

البخاري في غزوة خيبر وفي الذبائح . وأخرجه مسلم في الذبائح عن عمرو ابن دينار «رح» عن محمد بن علي عن جابر بن عبد الله «رح» قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل . ولفظ البخاري ورخص في لحوم الخيل .

(ولأبي حنيفة «رح» قوله سبحانه وتعالى : ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينه﴾خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها) أي من أعلى منافع الخيل (والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها) .

قد قررنا معنى هذا الكلام عن قريب . فإن قلت إنما لم يذكر لأنه يفهم الأعلى بذكر الأدنى بالطريق الأول كما في قوله سبحانه وتعالى : « ولا تقل لهما أف » ، يفهم منه حرمة الضرب والشتم بالطريق الأولى دون العكس ، قلت إنما يصح ذلك إذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن مصدره من قبيل بيان النهاية . ألا ترى إلى قوله تعالى فيما سبق : ﴿ والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ﴾ . ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء آخر من المنافع فلما قال : « لتركبوها » علم أن حكم المعطوف عليه حكم المعطوف .

فإن قلت إنما يستقيم هذا إذ لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة المخصوصة ، فلا يستقيم هذا ، ولئن سلمنا . لكن لم قلتم ان منفعة الأكل في الخيل يتعلق بها البقاء في الجملة ، ولكن غيره يسد مسده في تعليق إبقائه هو البقر والغنم وغيرهما . ومنفعة الركوب والزينة في الخيل تحصل على وجه لا يحصل بغيره من الحيوانات . فكانت منفعة الركوب والزينة في الجملة بترك الامتنان في منفعة الاكل في الخيل لا يدل على حرمة الاكل . كترك الامتنان بنعمة الدار والنسل والبيع .

قلت وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء إنما يتعلق برجوع

ولأنه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد ،

هـذه المنافع إلى العباد لان وجه النعمة في ذلك لا في اختصاصها ومنفعة الاكل في الخيل بالإضافة إليها فوق منفعة الركوب والزينة في كونها نعمة .

على انا نقول أن منفعة الركوب والزينة لا تختص بهذه الحيوانات بل يوجد في غيرها ،

وهو البقر والإبل وغير ذلك فلا يكون القصد منه ذكر المنافع بها .

أما قوله لم قلتم ان منفعة الأكل في الحيوانات يتعلق بهـا البقاء على ما ذكرنا . ومنفعة الركوب والزينة لا يتعلق بها البقاء .

وأما قوله غيره يسد مسده في تعليق البقاء ، قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الأكل من أن يكون فوق منفعة الركوب والزينة .

وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة ، وإن لم يذكرها صريحاً لانه متى تبين كونه منتفعابه في ذاته ثبت انه مال متقوم ويحل للبيع . فإن قلت الآية نزلت بمكة قبل الهجرة ، وبعد الهجرة أكل جماعة من الصحابة «رض» الحمار والفرس إلى يوم خيبر ، فلو كانت الآية دالة على الحرمة لما جـاز أكلهم ولما صح سكوت رسول الله ﷺ عن البيان في مثل هذه الصورة .

قلت انما لم يبين عليه السلام قبل فتح خيبر لأنه يمكـن انه لم يطلع على فعلهم ، فلما اطلع يوم خيبر نهى وإنما أكلوا لعـدم وقوفهم على هـذه الدلالة لعمومها ، فإن قلت ترك ذلك الحمل عليه وينبغي أن لا يحمل الحمل عليه وهو فاسـد . قلت الكلام في أن ترك أعلام النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل وليس كذلك .

(ولأنه) أي الفرس (آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراماً له) أي احتراماً له لان ما كان بسبب لإخافة العدو يستحق الإكرام ، وفي ذبحه اهانة له .

(ولهذا) أي ولكونه آلة لإرهاب العدو (يضرب لـه بسهم في الغنيمة) لان الفارس إنما يستحق السهمين بواسطة فرسه . (ولأن في اباحته تقليل آلة الجهاد) أي لان

في أكله تقليل مادة الجهاد وهو حرام ، ولا شك ان منفعة حياته تربوا على منفعة لحمه بوجوه (وحديث جابر «رض» معارض بحديث خالد «رض» والترجيح للمحرم) . أراد بحديث جابر المذكور في معرض استدلال أبي يوسف «رح» ومحمد . وبحديث خالد المذكور في تعرض الاستدلال في تحريم الحمر الأهلية قيل فيه نظر ، لان حديث جابر صحيح وحديث خالد بن الوليد «رض» متكلم فيه إسناداً أومتناً .

منهم من ادعى نسخه بحديث جابر «رض» لانه قال فيه: فأذن وفي لفظ: ورخص . قال الحازمي في كتابه والاذن والرخصة يستدعي سابقة المنع ولو لم يرو هذا اللفظ لتعذر القطع بالنسخ لعدم التاريخ ، فوجب المصير إليه .

وقيل ليس فيه نسخ ولكن الاعتماد على أحاديث الاباحة بصحتها ولكثرة رواتها .

وحديث خالد ذا ورد في قضية معينة وهو ان سبب التحريم في الخيل متحد وفي البغال والحمير مختلف . وذلك لانه نهى عن البغال والحمير لذاتها ، وعن الحمير لانهم سارعوا إلى طبخها يوم خيبر قبل أن تخمس . فأمر ﷺ بإكفائها تغليظاً عليهم . فلما رأوا نهيه ﷺ عن تناول لحوم الخيل والبغال والحمير ، اعتقدوا أن سبب التحريم واحد. وحتى نادى منادي رسول الله ﷺ : أن الله تعالى ينهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس . فحينئذ فهو أن سبب التحريم مختلف وان الحكم بتحريم الحمار الأهلي على التأبيد . وأن الخيل إذا كان عن تناول ما لم ينجس فيكون قوله إذن : أو رخص دفعاً لهذه الشبهة .

قلت مسند حديث خالد «رض» جيد ولهذا أخرجه أبو داوود وسكت عنه فهو حسن عنده . وقال النسائي : وأخبرنا اسحاق بن ابراهيم «رح» أخبرني بقية : أخبرني ثور بن يزيد عن صالح فذكره بسنده قد صرح فيه بقية بالحديث عن ثور وثور حمصي أخرج له البخاري وغيره وبقية : إذا صرح بالحديث كان سنة حجة . هكذا قال ابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والنسائي وغيرهم خصوصاً إذا كان الذي حدث عن بقية عاما. قال ابن عدي:

إذا روى بقية عن أهـــل الشام فهو ثبت وصالـــح وذكره ابن حبان « رح » في الثقات وأبو يحي ذكره الذهبي في الكاشف وقال : وثق وأبوه المقدام بن معد يكرب صحابى فهذا ســند جيد كما ترى . فكيفما إذا كان كذلك صحت المعارضة . فاذا تعارضا ترجح المحرم كما ذكرنا ولا يصح الاستدلال على نسخ حديث خالد بقوله أذن : أو رخص لانه يحتمل ان يكون اذنه في حالة المخمصة إذ هي أغلب أحـــوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم

وفي الصحيح أنهم ما وصلوا إلى خيبر إلا وهم جيـــاع ، فلا يدل على الإطلاق . فإن قلت : لو كانت الإباحة للمخمصة لما اختصت بالخيل ، قلت : يمكن أن يكون في زمـــن الاباحة بالفرس ما أصابوا البغال والحمير . فإن قلت قال ابن حزم في حديث خالد دلـيل الوضع لأن فيه عن خالد «رض» : غزوت مع النبي ﷺ خيبر . وهذا باطل لان خالداً لم يسلم الا بعد خيبر بلا خلاف قلت ليس كما قال بل فيه خلاف فقيل هاجر بعد الحديبية ، وقيل بل كان إسلامه بين الحديبية وخيبر ، وقيل بل كان إسلامه ســـنة خمس بعد فراغ رسول الله ﷺ من بني قريظة . وكانت الحديبية في ذي القعدة سنة ست ، وخيبر بعدها سنة سبع ، ولو سلم انه أسلم بعدها بغاية ما فيه انه أرسل الحديث ومراسيل الصحابة رضي الله تعالى عنهم في حكم الموصول المسند ، لان روايتهم عن الصحابة كما ذكـــره ابن الصلاح وغيره .

فإن قلت يشكل عن قوله سـؤره فإنه طاهر ، قلت ذكـــر خواهر زاده «رح» في شرحه ان الحسن روى عن أبي حنيفة «رح» : ان ســؤره مشكل مثـــل سـؤر الحمار .

فإذا أخذنا بهذا فالسؤال ساقط ولئن سلمنا فالجواب عنه ان حرمة أكل لحمه إنما كانت للإحترام لا النجاسة فصار كسؤر الآدمي . فإن قلت يشكل على قوله بقوله لانه كبول ما يؤكل لحمه عنـــده ، قلت إنما جعله كذلك للتحقيق لعموم البلوى وقد علم أن لها أثراً في التحقيق فافهم .

(ثم قيل الكراهية عنده كراهية تحريم) أي كراهية لحم الفرس عند أبي حنيفـــة كراهية تحريم .

وقيل كراهة تنزيه والأول أصح ، وأما لبنه فقد قيل لا بأس به ، لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد

ثم قال صاحب المنظومة وأكل لحم الخيل وقال ويكره والحرمة المراد لا التنزيـــه واختلف المشايخ في معنى الكراهية لاختلاف اللفظ المروي عنه لأنه ذكر في المبسوط في كتاب الصيد قال أبو حنيفة رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكـله . وما قال في الجامع يكره لحم الخيل عنده ، يدل على أن المراد كراهية التحريـم لأن أبا يوسف « رح » قال لأبي حنيفة «رح» إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيـه ؟ قال أبو حنيفة التحريم .

وحكي عن عبد الرحيم الكرمني أنه قال كنت متردداً في هـــذه المسألة فرأيت أبا حنيفة في المنام يقول لي كراهية تحريم يا عبد الرحيم .

(وقيل كراهية تنزيه) ذكره فخر الإسلام وأبو المعين «رح» في جامعيهما الصحيح انه كراهية تنزيه لأن كراهية تعني كرامة لئلا يحصل تقليل آلة الجهاد بإباحته ، ولهـذا كان سؤره طاهراً في ظاهر الرواية ، وفي الفتاوى الصغرى قال قاضي خان انه كراهية تنزيه لأنه ذكر في كتاب الصلاة وسوى بين بوله وبول ما يؤكل لحمه .

(والأول أصح) أي القول بكراهية التحريم أصح وأشار به إلى اختياره . هكـذا قال صاحب الحصر ، وكذا قال التتمة الأصح أنه كراهية تحريم . (أما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد) ولبن الفرس هو الذي يسمى قمز في لغـــة الترك بكسر القاف والميم وفي آخره زاء معجمة . وسماه المصنف « رح » في كتاب الحدود مباحاً . وقال السكر المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك .

وقال فخر الدين قاضي خان فاما الألبان فلبن المأكول حلال ولبن الرماك كذلك في قول أبي يوسف ومحمد «رح» يكره في قول أبي حنيفة واختلفوا في كراهيته فقال بعضهم مكروه كراهية التنزيه لا كراهية التحريم . وذكر شمس الأئمـــة السرخسي في أثناء الكلام أنه مباح كالبنج . وعامة المشايخ «رح» قالوا مكروه كراهية التحريم إلا أنـه لا يحد وان زال عقله كما لو تناول البنج وارتفع إلى رأسه حتى زال عقله يحرم ذلك ولا يحـد

قال ولا بأس بأكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين أهدى إليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه

فيه لأنه ليس في شربه أي شرب اللبن تقليل آلة الجهاد وفي الخلاصة وهو الأصح قال الكاكي وعن هذا قيل أكله حلال في هذا الزمان في ديار البر لأن البر لم يبق (قال ولا بأس بأكل الأرنب) أي قال القدوري « رح » ولا خلاف فيه لأحد من العلماء . قال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعاً بأساً بأكل الأرنب قال أبو يوسف « رح » وأما الوهر فلا احفظ فيه عن أبي حنيفة « رح » شيئاً وهو عندي مثل الأرنب وهو يعتلف البقول والنبت انتهى .

وفي الجميرة والوهر دويبة أصغر من السنور طحلا اللون لا ذنب لها توجد في البيوت ويجمع على وهار . (لأن النبي ﷺ أكل منه حين أهدي إليه مشوياً وأمر أصحابه «رض» بالأكل منه) هذا الذي ذكره مركب من حديثين الأول رواه البخاري في صحيحه في كتاب الهبة عن هشام بن يزيد عن أنس بن مالك « رض » قال اهيجنا أرنباً بمر الظهران فعنى القوم فلغبوا وقد ادركتها فأخذتها فذهبت بها إلى أبي طلحة فذبحها وبعث منها إلى رسول الله ﷺ بوركها وفخذها قال فخذها لا أشك فيه فقبله ،قال قد أكل منه قال أكل منه ثم قال فيما بعد قبله وأخرجه أحمد «رح» في مسنده حدثنا محمد بن جعفر وحجاج قال حدثنا شعبة عن هشام بن زيد عن أنس «رض» بلفظ سواء وفي آخره قال حجاج قال شعبة قلت له أكل قال نعم أكله ثم قال في ما بعد قبله . ورواه البخاري في الذبائح فلم يذكر فيه الأكل .

والحديث الثاني رواه النسائي في سننه في الصوم عن عبد المالك بن عمير عن موسى بن طلحة عن أبي هريرة «رض» قال جاء أعرابي إلى النبي ﷺ بأرنب قد شواها ، فوضعها بين يديه فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل ، وأمر القوم أن يأكلوا وزاد في اللفظ « فإني لو اشتهيتها أكلتها » . رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، والبزار في مسنده . ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده. حدثنا يحيى بن صالح حدثنا محمد بن اسحاق بن عبد الملك بن أبي بكر عن حفص بن عمر بن سعد بن أبي وقاص عن محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن موسى بن طلحة عن أبي بكر الحويكة عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه

ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي

أن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ بأرنب يهديها إليه ، فقال ما هذه ؟ قال هدية . فقال رسول الله ﷺ لا يأكل من الهدية حتى يأمر صاحبها فيأكل منها من أجل الشاة التي أهديت إليه بخيبر ، فقال له النبي ﷺ كل فقال اني صائم ، قال تصوم ماذا ؟ قال ثلاثة من كل شهر . قال فاجعلها البيض الغر ثلاثة عشر وأربعة عشر وخمسة عشر . قال فأومى رسول الله ﷺ بيده إلى الأرنب ليأخذ منها . فقال الأعرابي ، أما انى رأيتها تدمى يعنى تحيض فقال للقوم ، كلوا ، ولم يأكل .

وروى ابن حبان أيضاً في صحيحه عن عاصم الأحول عن الشعبى عن محمد بن صفيان الانصاري «رح» أنه صاد أرنبين ، فمر على النبى ﷺ وهو معلقهما فقال يا رسول الله ﷺ انى أتيت غنم أهلي فاصطدت هاتين فلم أجد حديده أذكيهما بهـا فذكيتهما بمروة أفأطعمهما ؟ قال نعم .

ورواه الترمذي فى علله الكبرى ، حدثنا محمد بن يحيى القطع البصري حدثنا عبد الأعلى عن سعيد بن قتادة عن الشعبى «رح» عن جابر بن عبد الله «رض» أن رجلا من قومه صاد أرنبين ، الحديث .

ورواه الدارقطنى «رح» فى سننه عن يزيد بن عياض عن عبد الحميد بن سهل بن عبد الرحمن بن عوف عن عكرمة عن ابن عباس «رض» عن عائشة رضى الله عنها قالت أهدي إلى رسول الله ﷺ أرنباً وأنا نائمة فخبأ لي منه العجز فلما قمت أطعمنى . ويزيد ابن عباس «رض» حسن ضعيف . وروى البيهقى فى سننه عن حديث محمد بن خالد بن الحويرث حدثنا إلى مال .

أخبرنا عبد الله بن عمير وكان بالصفاح — مكان فى مكة — وأن رجلا جاء بأرنب وأنا جالس فلم يأكلها ولم ينه عن أكلها ، وزعم أنها تحيض .

ورواه أيضاً أبو داوود «رح» قوله أهيجنا أي أثرنا واعديناه ومادته هاء وياء وجيم قوله بمر الظهران بفتح الميم وتشديد الراء وهو موضع قريب من عرفة .

(ولأنه) أي الأرنب (ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبى) فلا يحرم والأكل جميع أكل الجيفة جمع جيفة .

فإن قلت إذا كان كذلك فلم قال لا بأس بأكل الأرنب ولم يقل ويحل نحره قلت لأن له شبهان شبهاً بالحمار، فإن أذنه تشبه أذن الحمار، والحمار حرام وتشبه بالآدمى فى كونها تحيض فيحرم أكله كما يحرم أبو حنيفة الفرس لأن له شبهاً بالآدمى من حيث أنه يستحق سهماً مقداراً من الغنيمة كالرجل . ولكن لما نطقت الأحاديث المذكورة بإباحة أكله لم يحرم قطعاً ، ولكن لما ذكرنا استعمل فيه لفظ لا بأس .

قال تاج الشريعه وإنما استعمل كلمة لا بأس لأنه روى أن الأرنب كانت امرأة لا تغتسل من الحيض فمسخت ، انتهى .

قلت لم يصح مسخ هذا ولئن مسخ فلم يبق من نسل الممسوخ شيء . وكان جنسه موجوداً قبل المسخ والله سبحانه وتعالى أعلم .

فوائد : القنفذ عندنا حرام ومالك وأحمد ورخص فيه الشافعى «رح» فكأنه ما جعله من الخبائث ولا من السباع . قلنا أن أبا هريرة رضى الله تعالى عنه ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم فقال صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم وهو حسبة من الخبائث .

ورواه أبو داوود رحمه الله تعالى في من أكل الجلاله من الشاة والبقر والبعير . وبه قال الشافعى وأحمد «رح» فى رواية ، حرام ويزول الكراهة بحبسها بلا خلاف .

وعندنا وأحمد ويكره ركوبها مدة الحبس فى الدجاجة ثلاثه أيام، وفى البقرة والبعير أربعون يوماً، وقيل سبعة أيام فى الشاة وعن أحمد ثلاثة أيام فى الكل . وقال الاسبيجابى فى شرح الكافى ويكره لحوم الجلالة والعمل عليها وذلك حالها إلى أن تحبس أياماً وتعلف لما روى أنه ﷺ نهى عن أكل لحوم الجلالة ، ولأن تناول النجاسات توجب فساد لحمها فتقرر سننه فى فساد أكله . وليس الدجاج كذلك لأن الأثر جاء فى الجلالة وليس لها علف غير ذلك . والدجاج يخلط بالعذرة غيره ، حتى إذا علم أنها لا تتناول غير النجاسات فقلنا بحرمة أكلها إلى أن تحبس .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » فى مبسوطه ولم يقدر فى ذلك مقداراً فى

قال : وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما . أما الآدمي فلحرمته وكرامته . والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي « رح » الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه يؤثر في إباحة اللحم أصلاً

الكتاب . وروى فى غير رواية الاصول انه قدر فى الإبل شهراً وفى البقر عشرين وفى الشاة عشرة أيام وفى الدجاجة ثلاثة أيام .

وقال الولوالجى «رح» فى فتاواه ، ذكر فى النوادر لو أن جدياً غذى بلبن الخنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذى صار مستهلكاً لم يبق أثره . وعلى هذا يقول لا بأس بالدجاج التي تختلط بالعذرة لأنه لا يغير لحمه . والرأي يروى بحبس الدجاج ثلاثة أيام فذلك على سبيل التنزيه .

وفى الدراية والزرع والثمار السفه بالنجاسات لا يكره ولا يحرم عند أكثر الفقهاء .

(قال وان [1] ذبح ما لا يؤكل لحمه ، طهر لحمه وجلده) أي قال القدوري إذا ذبح حيوان مما لا يؤكل لحمه من ذي الناب يطهر لحمه وجلده . وقال الحاكم فى الكافى ، ولا يكره الصلاه على جلد ما يكره أكله من ذي الناب إذا ذبح أو دبغ . وهذا الذي قاله هو الذي اعتمد عليه عامة أصحابنا على قول نصير بن يحيى وابن جعفر الهندواني « رح » انه لا يجوز بيعه . وقد مر بيانه فى أول الكتاب .

(إلا الآدمى والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما، أما الآدمى فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كا فى الدباغ) أي كا فى حكم الدباغ . فإن الدباغ يطهر جلد كـــل حيوان إلا الآدمى لكرامته لا يستعمل . والخنزير لنجاسته عينه، أو لعدم قبوله الدباغ كا ذكرنا فى أول الكتاب مستوفى .

(وقال الشافعى رحمه الله الذكاة لا تؤثر فيجميع ذلك) أي فى اللحم والجلد وسائر الاجزاء . (لانه يؤثر فى إباحة اللحم أصلا) أي لان الذكاة والتذكيةبتأويل الذبح يؤثر

---

(١) وإذا — هامش .

وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً . ولا تبعية بدون الاصل وصار كذبح المجوس . ولنا أن الذكاة مؤثره في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود بالجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع

فى إباحتها اللحم من حيث الاصالة .

(وفى طهارته وطهارة جلده تبعاً) أي ويؤثر فى اباحتها طهارة اللحموطهارة الجلد من حيث التبعية .(ولا تبعية بدون الاصل) إذ قيام بالاصل وهنا لم تفـد الذكاة الاصل الذي هو إباحة اللحم فكذا لا يفيد البيع (وصار كذبح المجوسى) حيث لا يفيد إباحة الاكل ولا غيره وكذا ذبح الوثنى (ولنا أن الذكاة تؤثر [1] فى إزالة الرطوبات) احترز بها عن دم اللحم فإنه طاهر وهى النجسة أي الرطوبات (والدماءالسيالةوهىالنجسةدون ذات الجلد واللحم فإذا زالت) أي تلك الرطوبات والدماء السيالة النجسة (طهـر) أي المذبوح أي جلده ولحمه (كما فى الدباغ) أي يطهر فى الدباغ بزوال تلك الرطوباتالنجسة (وهذا حكم مقصود بالجلد) .

هذا جواب عن قول الشافعي «رح» أن تأثر الذكاة في إباحة اللحم أصل.وفي الطهارة اللحم والجلد تبـع . فقال هذا أي الطهارة حكم مقصود في الجلد (كالتناول في اللحم) يعني كما أن التناول حكم مقصود بالذات في اللحم ، وكذلك الطهارة وحكم مقصود في الجلد والحاصل أن طهارة الجلد واللحم غير تابعة لطهارة اللحم بل كل منهما حكم مقصود بالذات ، فإذا حصلت الذكاة فإن كان المذكى من الحيوان الذي يؤكل ، تحصل الطهارة في جميـع أجزائه بالاصالة . وإن كان مما لا يؤكل يحصل في لحمه وجلده . ثم لا يلزم في حصول الطهارة إباحة الأكل كما أعرف .

(وفعل المجوسي إماتة في الشرع) هذا جواب عن قياس الشافعي تقريره أن ذبـــح المجوسي ليس بمشروع فيكون إماتة ، وهذا لأن الفعل إنمـا يقع متطهراً إذا انفق بالحسن

---

(١) مؤثرة — هامش .

فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل ، قيل لا يجوز اعتباراً بالآكل ، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة ، والزيت غالب لا يؤكل

لإفادة الأثر الحسن ، والحسنات محل للثواب فلا يصير المجوسي أهلا لها . فان قيل كما أن المجوسي ليس من أهل الذكاة فكذا الكلب ليس من جنس مايذكى ولا فرق بين أن يكون الذبح من غير أهل الذكاة وبين أن يكون المذبوح من جنس المذكى ألا ترى أن المسلم لو ذبح خنزيراً لا يحل أكله كما أن المجوسي لو ذبح شاة لا يحل أكلها . قلنا قد اتفقنا في أن المجوسي أيضاً على أنه ليس من أهل الذكاة . فلم يتفق على أن الكلب والفهد ليسا من جنس المذكى بل هو من جنس الذكاة لأنه مختلف في إباحة أكله كذا في مختصر الاسرار.

(فلا بد من الدباغ) يعني إذا كان ذبح المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ في جلد ما ذكاه لعدم حصول الطهارة بذبحه . ثم أعلم أنهم اختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه بجرد الذبح والذبح مع التسمية قبل بجرد الذبح لأنه يؤثر في إزالة الدم المسفوح. وقيل الذبح مع التسمية لأن المطهر هو الذكاة ، ولا ذكاة بدون التسمية كما في غريب العرار للغريري .

(وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده) قيد بالقليل لأن الكثير لا يفسد بلا خلاف خصوصاً على مذهب الشافعي « رح » فان عنده إذا بلغ الماء قلتين لا ينجس إلا باليقين والقلتان عنده كثير . (خلافاً له) للشافعي أن شحمه أيضاً لا يطهر كما لا يطهر لحمه وجلده . (وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل) أي نحو الاستصباح ودهن الجلود ونحوهما .

(قيل لا يجوز اعتباراً بالآكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة) الودك بفتح الواو والدال وهو الدسم (والزيت غالب) أي والحال أن الزيت غالب (لا يؤكل) أي الزيت مما إذا لم يجز أكله فيما إذا كان الزيت غالباً ، ففيما إذا كان مغلوباً بالطريق الأولى

وينتفع به في غير الأكل. قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك ، وقال مالك « رح » وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي « رح » أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم . قوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ من غير فصل . وقوله عليه السلام

(وينتفع به) أي بالزيت المذكور (في غير الأكل) كالاستصباح ونحوه كما ذكرنا .

(قال ولا يـؤكل من حيوان الماء إلا السمك) أي قال القدوري «رح» في مختصره وقال الكرخي « رح » كره أصحابنا كل ما في البحر إلا السمك خاصة فإنه حلال أكله إلا ما طفى منه فإنهم كرهوه . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده ويكره أكل مـا سوى السمك من دواب البحر عندنا كالسرطان والسلحفاة والضفدع وخنزير الماء .

(وقال مالك وجماعة من أهل العلم) ابن أبي ليلى والشافعي « رح » في قوله وأصحاب الظواهر (بإطلاق جميع ما في البحر) أي إباحـــة جميع ما في البحر من الحيوان .

(واستثنى بعضهم) أي بعض الجماعة المذكورة وأراد به الشافعي فإنه قال جميع مـــا في البحر يؤكل .

(الخنزير والكلب والإنسان) أي خنزير البحر وكلبه وإنسانـــه وهو قول الليث « رح » أيضاً .

(وعن الشافعي « رح » أنه أطلق ذلك كله) أي جميع مافي البحر وبه قال أحمد في رواية عن الشافعي يؤكل جميع مافي البحر إلا الضفدع ٠ وبه قال أحمد في رواية .وقال ابن الجلاب والبصري في التفريع وصيد البحر حلال أكله ويكره أكل كلب الماء وخنزيره من غير تحريم له . (والخلاف في الأكل والبيع واحد) أي الخلاف المذكور بيننا وبـين مالك وجماعة والشافعى سواء في جواز الأكل وجواز البيع (لهم) أي للشافعي (قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ من غير فصل) أي من غير فرق بـين السمك وغيره ، فإطلاق الآية يتناول الكل (وقوله ﷺ في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته)

في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الاشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك ، ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث » وما سوى السمك خبيث ، ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع

هذا الحديث أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي » رح » من حديث مالك عن صفوان عن سعيد بن سلمة من آل الأزرق ان المغيرة وابن بردة وهو من بني عبد الدار أخبره أنه سمع أبا هريرة «رض» يقول سأل رجل رسول الله ﷺ وقال يا رسول الله ﷺ إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضأنا به عطشنا أفيتوضأ بماء البحر؟ فقال «هو الطهور ماؤه والحل ميتته » وقال الترمذي «رض» حديث حسن صحيح .

(ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموى لا يسكن الماء) لأن طبع الدم يضاد طبع الماء لأن الدم حار والماء بارد (والمحرم هو الدم فأشبه السمك) أي فأشبه ما في البحر من الحيوانات كلها كالسمك في عدم الدم الذي هو المحرم إلا الضفدع استثناه الشافعي « رح » في قول لنهيه ﷺ عن قتله رواه النسائي . (ولنا قوله سبحانه وتعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث) لآن الخبيث ما يستخبثه الطبع السليم، وما سوى السمك يستخبثه الطبع السليم فيحرم .

(ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يتخذ فيه الضفدع) هذا الحديث أخرجه أبو داود في الطب وفي الأدب . والنسائي في الصيد عن ابن أبي ذيب عن سعيد بن خالد عن سعيد ابن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي «رض» أن طبيباً سأل رسول الله ﷺ عن الضفدع يجعلها في دواء فنهى عن قتلها . ورواه أحمد وإسحاق بن راهوية وأبو داوود والطيالسي « رح » في مسانيدهم والحاكم في المستدرك في الطب ، قال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقال البيهقي هو أقوى ما ورد في الضفدع .

وقال الحافظ المنذري فيه دليل على تحريم أكل الضفدع لأن النبي ﷺ نهى عن قتله والنهي عن قتل الحيوان بالحرمة كالآدمي ، وأما تحريم أكله كالصرد والهد والضفدع

ليس بمحرم فكان النهي منصرفاً إلى الوجه الآخر .

(ونهى عن بيع السرطان) أي نهى النبي ﷺ عن بيع السرطان، وهو ليس بموجود في الكتب المشهورة في الحديث وليس له أصل . فإن قلت روى أبوداوود « ر ح » وغيره مسند إلى جابر رضي الله تعالى عنه قال بعثنا رسول الله ﷺ وأمر علينا أبو عبيدة بن الجراح تبغي غير القريشي وزودنا جراباً من تمر لم يجد له غيره ، وكان يعطينا أبو عبيدة «رض» تمرة كنا نمصها كما يمص الصبي ثم نشرب عليها الماء فتكفينا يومنا إلى الليل وكان يضرب بعضنا الخبطة ثم يبله في الماء فيأكله قال : فانطلقنا على ساحل البحر فرفع لنا كهيئة الكثب الضخم فأتيناه فإذا هو دابة على العنبر فقال أبو عبيدة ميتة لا تحل لنا ثم قال بل نحن رسل رسول الله ﷺ وفي سبيل الله عز وجل وقد اضطررتم فكلوا وأقمنا عليه شهراً ونحن ثلاث مائة حتى سمنا فلما قدمنا إلى رسول الله ﷺ ذكرنا ذلك له فقال : « هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء فتطعمونا » فأرسلنا إلى رسول الله ﷺ فأكل وهذا يدل على إباحة ما في البحر سوى السمك .

قلت المراد منها السمك والدليل عليه ما رواه البخاري « رح » عن جابر « ر ض » قال غزونا جيش الخبط [1] وأميرنا أبو عبيدة ، فجعنا جوعاً شديداً فألقى البحر حوتاً ميتاً لم ير مثله يقال له العنبر ، فأكلنا منها نصف شهر وأخذ أبو عبيدة عظماً من عظامه فمر الراكب تحته والخبط بفتحتين الورق .

(والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد) جواب عن استدلالهم فيما ذهبوا إليه في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ تقريره أن المراد من لفظ الصيد هو المصدر وهو الإصطياد فيتناول ما يحل وما يحرم وليس المراد منه الإسم ، وقد قررناه فيما مضى فإن قلت لو كان يستقيم حمله عليه لكانت الكناية من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وطعامه ﴾ لا يستقيم حمله على الاصطياد فإنها راجعة إلى الصيد . قلت الطعام المذكور محمول على السمك لأنه المتعارف أنه طعام البحر والكناية ينصرف إلى البحر قوله فيما لا يلي

(١) الحبط — هامش

وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال

الصواب فيما يلي على صيغة المجهول وهكذا هو في النسخ الصحيحة .

(فهو) أي الاصطياد (مباح فيما لا يحل) لمنافع أخرى غير الأكل (والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك) هذا أيضاً جواب على استدلالهم بقوله ﷺ في : « البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته » أي الميتة المذكورة في الحديث محمولة على السمك . وقوله روى على صيغة المجهول أيضاً على ما لا يخفى على الفطن ، فان قلت هذا خبر واحد فكيف يجوز تخصيص الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ قلت هذا خبر مشهور قد تأيد بالإجماع فيجوز تخصيص الكتاب بــه . على أن حكم السمك ثبت بقوله سبحانه وتعالى ﴿ تأكلون لحماً طرياً ﴾ . مع أنه لا تعارض بين الكتاب والخبر لأن الميتة المحلاة باللام جنس إذا لم يكن معهوداً ، والميتة من الدمويات المعهودة بدليل قوله سبحانه وتعالى ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ فعلم أن الميتة تكون ميتة باعتبـــار الدم المسفوح ، ولا دم للسمك فيصرف إلى العهد فلا يبقى التعارض .

(وهو حلال مستثنى من ذلك) أي السمك حلال مستثنى عما لا يحل (لقوله ﷺ أحلت لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد ، وأما الدمان فالكبد والطحال) هذ الحديث أخرجه ابن ماجة في كتاب الأطعمة عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « أحلت لنا » إلى آخـــره . ورواه أحمد والشافعي وعبد[1] بن حميد «رح» في مسانيدهم . ورواه ابن حبان «رح» في كتاب الضعفاء وأعله بعبدالرحمن وقال انه كان يقلب الأخبار وهو لا يعلم حتى كثر ذلك في روايته عن رفع الموقوفات واسناد المراسيل ، فاستحق الترك .

وأخرجه الدارقطني «رح » في سننه عن عبد الله وعبد الرحمن بن زيـد بن أسلم عن أبيهما «رح» . وأخرجه ابن عدي في الكامل عن عبد الله فقط .

---

(١) عبد — هامش .

وعبد الله وعبد الرحمن « رح » ضعيفان إلا أن أحمد وعبد الله وأسند ابن عدي إلى أحمد أنه قال : عبد الله ثقه وأخوه عبد الرحمن وأسامة ضعيفان .

وقال ابن عدي وهذا الحديث يدور على هؤلاء الأخوة الثلاثة وأسند عن ابن معين قال في التنقيح هو موقوف في حكم المرفوع .

وقال الدارقطني في علله وقد رواه المسور بن الصلت عن زيد بن أسلم «رح» قال ثلاثة ضعفاء ليس حديثهم بشيء .

وقال ابن عدي وابن وهب يرويه عن سليمان بن بلال «رض» موقوفاً فرواه عن أبيه عن ابن عمر « رض » مرفوعاً ، وعن ابن زيد بن أسلم عن ابن عمر « رض » موقوفاً وهو الصواب .

وقال في التنقيح وهذه الطريقة رواها الخطيب باسناده إلى المسور بن الصلت . والمسور ضعفه أحمد والبخاري وأبو زرعة وأبو حاتم « رح » وقال النسائي « رح » متروك الحديث ، انتهى .

قلت وله طريق أحق قال ابن مردويه في تفسيره في سورة الانعام حدثنا عبد الباقي بن مانع حدثنا محمد بشر بن مطر حدثنا داوود بن سند حدثنا سويد بن عبد العزيز حدثنا أبو هاشم الاملي قال سمعت زيد بن أسلم يحدث عن ابن عمر «رض» قال : قال رسول الله ﷺ يحل من الميتة اثنان ومن الدم اثنان ، فأما الميته فالسمك والجراد ، وأما الدم فالكبد والطحال .

(قال ويكره أكل الطافي منه) أي قال القدوري «رح» منه أى من السمك . والطافي هو الذى يموت فيعلوا على وجه الماء ويظهر ، من طفى الشيء يطفوا طفوا إذا علا .

هكذا قالوا معنى الطافي اسم فاعل كالقاضي من تضاه . وهو الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب معلوم ويعلو على وجه الماء .

(وقال الشافعي ومالك لا بأس) أى الطافي وبه قال أحمد « رح » وأصحاب الظاهر « رح » وبعض التابعين .

لإطلاق ما روينـــا لان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث .
ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا ، وما لفظه الماء فكلوا ، وما طفى فلا تأكلوا

(لإطلاق ما روينا) وهو قوله ﷺ : « البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته » فانه مطلق يفصل بين ما إذا مات بآفة أو بغير آفة . (ولان ميتة البحر موصوفه بالحـــل بالحديث) أراد به قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتان » الحديث .

(ولنا ما روى جابر رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال : ما نضب عنـــه الماء فكلوا ، وما لفظه الماء فكلوا ، وما طفى فلا تأكلوا) هـــذا الحديث بهذا اللفظ غريب .

ولكن أبا داوود «رح» وابن ماجة أخرجا عن يحيى بن سليم عن اسماعيل بن اميـة عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه وطفى فلا تأكلوه » .

فان قلت : ضعف البيهقي هذا الحديث وقال يحيى بن سليم كثير الوهم وقـد رواه غيره موقوفاً . قلت لا نسلم ذلك فان يحيى بن سليم أخرج له الشيخان فهو ثقة وزاد فيه الرفع . ونقل ابن القطان « رح » في كتابه عن ابن معين قال : هو ثقة ولكن في حفظه شيء ومن أجـــل ذلك تكلم الناس فيه . فان قلت : قال ابن الجوزي اسماعيل بن أمية متروك . قلت ليس كذلك لأنه ظن أنه اسماعيل بن امية أبو الصلت الذارع وهو متروك الحديث وأما هذا فهو اسماعيل بن امية القرشي الأموي والذي في ظنه ليس في طبيعته .

فان قلت : قال أبو داوود رواه الترمذي وأيوب عن أبي الزبير « رح » موقوفاً على جابر «رض» وقد أسند من وجه ضعيف عن أبي ذئب عن ابي الزبير عن جابر «رض» عن النبي ﷺ قال : « ما أمتموه وهو حي فكلوه ، وما وجدتم ميتاً طافياً فلا تأكلوه » .

وقال الترمذي «رح» سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال : ليس بمحفوظ روى عن جابر «رض» خلاف هذا ولا أعرف لابن أبي ذئب عن أبي الزبير شيئاً .

قلت قول البخاري «رح» لا أعرف لابن أبي ذئب عن ابن زبير شيئاً هو على مذهبه

في أنه يشترط لاتصال الاسناد الصفر ثبوت السماع . وقد أنكر مسلم«رح» ذلك إنكاراً شديداً وزعم أنه قول مخترع وأن المتفق عليه انه يكفي الاتصال امكان اللقاء والسماع وابن أبي ذئب أدرك زمان ابن الزبير بلا خلاف وسماعه منه ممكن . فان قلت قال البيهقي «رح» ورواه عبد العزيز بن عبد الله عن وهب بن كيسان عن جابر «رض» مرفوعاً وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به .

قلت أخرج الحاكم في المستدرك في أبواب الأحكام حديثاً عنه وصحح سنده . وأخرج حديثه هذا الطحاوي في أحكام القرآن فقال : حدثنا الربيع بن سليمان المرادي بن أشد ابن موسى ، حدثنا اسماعيل بن عياش حدثني عبد العزيز بن عبد الله عن وهب بن كيسان ونعيم بن عبد الله المجمري عن جابر بن عبد الله «رض» عن رسول الله ﷺ قال : « ماجزر البحر وما أبقى فكل وما وجدته طافياً فوق الماء فلا تأكل » . وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ عام خص عنه غير الطافي من السمك بالإتفاق وبالحديث المشهور .والطافي مختلف فيه فبقي داخلاً في عموم الآية .

قوله : « وما نضب » بالنون والضاد المعجمة والباء الموحدة من النضوب وهو ذهاب الماء .

قوله : « ولفظه » أي رماه لأن اللفظ في اللغة الرمي ، يقال لفظت الرحى الدقيق أي رمته ومنه قوله وما طفى أى على وجه الماء .

(وعن جماعة من الصحابة « رض » مثل مذهبنا) أي وروى عن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا ان الطافي لايحل وقد روى ابن ابي شيبة في مصنفه كراهية الطافي عن جابر بن عبد الله «رض» وعلي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه وابن عباس «رض» . وكذا عن ابن المسيب وأبي الشعثاء والنخعي وطاووس والزهري «رح» . وكذا نقل عبد الرزاق في مصنفه وقال محمد «رح» في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : كل ما جزر عنه الماء وما قذف به ، ولا تأكل ما طفى . يقال جزر الماء يجزر إذا قل ماؤه والجزر ضد الماء ومادته جيم ثم زاء معجمة فان قلت روى البيهقي من حديث

ومیتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفـــة .

الثوري عن عبد الملك بن أبي بشير عن عكرمة عن ابن عباس قال أشهد على أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه قال : السمك الطافي حلال لمن أراد أكلها . وزاد فيه وكيع عن سفيان : الطافية على الماء . وروي أيضاً من حديث هشام حدثنا قتادة عن جابر بن زيد أن عمر رضي الله تعالى عنه قال الجراد والنون ذكى كله .

وروى غيره أيضاً عن الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه « رح » عن علي رضي الله تعالى عنه قال : الحيتان والجراد ذكى كله .

وروى غيره عن أبان عن ابن عباس عن أنس « رض » أنه ﷺ قال : « كل ما طفى البحر » قلت قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي بن سهر عن الاخلح عن ابن أبي الهذيل سأل رجل ابن عباس «رض» قال إني آتي البحر فاجده قد جعل سمكاً كثيراً فقال : كل ما لم ير سمكاً طافياً . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه عن الثوري عن الاصلح عن أبي الهذيل سأل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن أشياء وفي آخره أنه قال لابن عباس : إني قد أجد البحر قد جعل سمكاً قال فلا تأكل طافياً منه .

وحديث عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما لا ينـــافي حديث جابر . وأما حديث ابان فانه منكر جــداً قال سمعته لأن أبي سبعين زينه أحب إلي أن أروي حديث ابان ابن أبي عياش .

ذكره الرازي « رح » في أحكام القرآن .

(وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة) هــذا جواب عما تمسكوا من قولهم أن ميتة البحر موصوفة بالحل . يعني ميتة البحر مــا لفظه أي رماه البحر حتى يكون موته مضاف إلى البحر لأنه إذا رماه البحر ومات ، يكون موته بسبب رمي البحر من غير آفة . فان مات حتف أنفه فان موته لا يضاف إلى البحر .

قـــال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع من السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ

(قال ولا بأس بأكل الجريث والمـارماهي وأنواع السمك والجراد من غير[1] ذكاة) أي قال القدوري « رح » والجريث بكسر الجيم وتشديد الراء بعـده آخـــر الحروف ساكنة وفي آخره ثاء مثلثة .

قال في كتاب اللغة : هو نوع من السمك . وفي الغاية الجريث الجرى . وقال الكاكي الجريث بالفارسية ماهي باي جوشق .

قلت الجريث السمك الســود والمار ماهي السمكة التي تكون في صـــورة الحية ، وماهي هو الســمك وإنما أحـــل أنواع الســمك لعمـــوم قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان » الحديث .

وروى محمد في الاصل عن عمر وابن وهب عن عمرة بيان الطبيخ قالت : خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جـــانب وذنبها من جانب آخر ، فمر بنا علي رضي الله تعالى عنه فقال : « بكم أخذت » قالت فأخبرته . فقال : « إطعمه ما أرخصه وأوسعه للعيال » ، فيه دليل على أن الجريث يؤكل لأنه نوع من السمك فيجعل كسائر الأنواع . وهذا الحديث حجة لنا على بعض الرافضين وأهـــل الكتاب فإنهم يكرهون أكل الجريث ويقولون أنه كان ديوثا يدعـــو الناس إلى حليلته فمسخ به .

وهو متروك بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا . قال خواهر زاده «رح» في شرحه وروى محمد « رح » أيضاً عن ابن عباس انه سئل عن الجريث فقال : أما نحن فلا نرى به بأساً وأما أهل الكتاب فيكرهون . فإذا صح عن علي «رض» وابن عباس «رض» اباحة الجريث ولم يرد غيرهما خلاف حل ذلك محل الإجماع .

وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ بأن قطع رأسه .

(وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه لأنه صيد البر ولهذا

(١) بلا – هامش .

رأسه ويشويه لأنـــه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به . فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه مـــا رويناه .

وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقـــال كله كله .

يجب على المحرم) أي ولأجل كونه صيدا يجب على المحرم (بقتله جـــزاء يليق به) أما كونه صيدا فلا خلاف فيه لأنه متوحش وأما جزاؤه فهو أن يتصدق بما شـــاء كما في قتل القمل وقد مر في باب الحج .

(فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره) أي إذا كان كذلك فلا يحل إلا بالقتل كما في سائر الصيد حتى قالوا أنه إذا غفل عنه حتى مات حتف أنفه أو جعل الكل في غراره وماتوا فانه لا يحل . كذا ذكره الشيخ الإمام خواهر زاده « رح » .

وفي شـــرح كتاب الصيد (والحجة عليه ما رويناه) أي على مالك أراد بقوله مـا رويناه قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان » الحديث . ولا يرد علينا كراهـــة الطافي لأنه مخصوص بالحديث الآخر .

وقال محمد «رح» في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال : « ذكاة السمك والجراد واحدة » . (وسئل علي رضي الله تعالى عنه عن الجراد يأخـذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال : كله كله) .

هذا وذكره محمد في الأصل وقد بلغنا عن علي رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن الجراد إلى آخره فدل على حل الجراد مطلقاً سواء مات حتف أنفه أو مات بعلة بأن اصابه المطر في الطريق فمات . وفي الكافي ولأن موته لا بد أن يكون بسبب فانه يجري الأصل يرى المعاش كما قيل أن بيض السمك إذا انحسر عليه الماء يصير جراداً ، فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله ، وإذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته . وروي ان مريم سـألت لحماً هيناً فرزقت الجراد ، وعمر رضي الله تعالى عنه كان معها يأكل الجراد .

وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته ، وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك ، إذا مات من غير آفة لأننا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى . وعند التأمل يقف المبرز

(وهذا) أي قول علي رضي الله تعالى عنه كله ، كله ، (عدّ من فصاحته) حيث أجاب بلفظتين متجانستين في اللفظ مختلفتين في المعنى . فان قوله كله ، أمر من اكل، يأكل ، والضمير فيه يرجع إلى الجراد . وقوله كله ، تأكيد لما بعده ، وهو من ألفاظ التوكيد المعنوي . (ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه) أي على إباحة أكل الجراد وإن مات من غير آفة (بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي) وهو حديث جابر رضي الله تعالى عنه ثم : أولاً حديث جابر لم يكن فرق بين السمك والجراد فافهم .

(ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة) كالصدمة وإلقائه الماء على طرف ونحو ذلك (يحل كالمأخوذ) هذا أصل فى اشتراط الآفة في موت السمك لتصير حلالاً، وهو أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ ، أي كالسمك المأخوذ من الماء ، فان أخذه سبب لموته ·

فإن قلت : يتوهم فيا ينبذه الماء ما كان طافياً قبل النبذ ، قلت لم يعتبر هذا الوهم منا وإنما يعتبر في غير السمك من الحيوانات فانه إذا توارى عنه الصيد ، ولم يتبع لا يحل لاحتمال انه مات من هوام الأرض . والقياس أن لا يعتبر التوهم في موضع ، وإنما اعتبرناه بالنص فى ماء السمك ، ولم يعتبر هنا لأنه قال ما لفظ البحر كله .

(وإن مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل) لعدم الشرط وهو الآفة ، ولهذا قال (كالطافي) لأنه ميت حتف أنفه بغير آفة (وتنسحب عليه) أي يمتد على الأصل المذكور (فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التأمل يقف عليها) أي على الفروع(المبرز)

منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة ، وما أبين من الحي وان كان ميتاً فميته حلال ،

بالتشديد ، من برز الرجل ، فإن أصحابه فضلا أو شجاعة ، وثلاثية من برز الرجل يبرز بروزاً ، أي ظهر قوله سبحانه وتعالى ﴿ وبرزوا لله جميعاً ﴾ أي ظهروا .

(منها) أي من الفروع (إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي ، لأن موته بآفة ، وما أبين من الحي وإن كان ميتاً) يعني في سائر الحيوانات (فميته حلال) أي ميتة السمك حلال بخلاف غيره من الحيوانات .

ومنها : وجد في بطنها سمكة أخرى أو قتلها طير الماء ، فلا بأس بأكلها لأن الموت يحال إلى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمك أو قتل الطير .

ومنها : إذا ألقى سمك في جب ماء فماتت فيه ، فلا بأس بأكلها ، لأنها ماتت بسبب ضيق المكان عليها ، فكان موتها بآفة ظاهرة فيحل دمها إذا جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها ، وهو يقدر على أخذها بغير صيد ، لأن الجمع في مكان ضيق سبب لموتها ، وإن كانت تؤخذ بغير صيد ، فلا خير في أكلها لانعدام سبب ظاهر يحال الموت إليه ، فكان موتها حتف أنفها ، فلا يحل .

قال القدوري « رح » في شرحه : روى هشام عن محمد «رح» في السمك إذا كانت بعضها في الماء ، وبعضها على الأرض إن كان رأسها في الأرض ، أكلت لأنه موضع نفسها. وإذا كان خارجاً من الماء ، فإن الظاهر أنها ماتت بسبب . وإن كان رأسها وأكثرها في الماء لم تؤكل ، لأنه موضع حياتها ، فكان الظاهر أنها ماتت بغير سبب . وإن كان رأسها في الماء وأكثرها في الأرض ، أكلت لأنه ليس بموضع حياتها ، فعلم أن موتها بسبب .

وقد شنع ابن حزم على محمد « رح » في هذا فقال هذا قول مخالف للقرآن والسنة ، ولأقوال العلماء ، والقياس والمعقول . قيل في جوابه هذا من غاية تعصبه وتننيه لأن محمداً قال ذلك بالإستدلال من حديث جابر ووجهه ما مر .

وقال الولوالجى « رح » في فتاواه : إذا ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص منها أو أكلت شيئاً ألقاه في الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها لأنها ماتت بآفة . وفي الفتاوى الصغرى ناقلاً عن الجامع الصغير : إذا وجد السمك ميتاً على الماء وبطنه من فوق ، لم يؤكل لأنه طافي . وإن كان ظهره من فوق أكل لأنه ليس بطاف .

وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم بالصواب .

وفي الذخيرة لو وجد سمكة في بطن طائفة يؤكل ، وإن كانت الطافية لا تؤكل . ولو وجد في حوصلة طائر يؤكل عند الشافعي «رح» لا يؤكل لأنه كالرجيع ، والرجيع طائر عنده نجس . قلنا إنما يصير رجيعاً إذا تغير . وفي السمك الصغار التي تقلى من غير أن يشق جوفها ،قال أصحابنا[1] لا يحل أكله لأن رجيعته نجس . وعندنا [2] سائر أجزائه تحل .

(وفي الموت بالحر والبرد روايتان) أي في موت السمك بحرارة الماء أو برودته روايتين : إحداهما انه لا يؤكل لأنه مات بسبب حادث ، فهو كما لو ألقاه الماء على اليبس، والرواية الأخرى لا يؤكل لأن الحر والبرد صفة من صفات الزمان ، فليست من الموت غالباً . وأطلق القدوري « رح » في شرح مختصر الكرخي الروايتين ولم ينسبهما إلى أحد وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » في كتاب الصيد ، وقد ذكره في غير رواية الأصول خلافاً،وقال على قول أبي حنيفة «رح» لا يحل ، وعلى قول محمد يحل. فكذلك قال في العيون حيث قال : وقال أبو حنيفة إذا قتلها برد الماء أو حره لم يؤكل ، فهو في منزلة الطافي . وقال محمد يؤكل لأنه مات بآفة. فوائد وفي الكافي للحاكم ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته إلا فيما يحتاج اليه إلى التذكية من سمكة أو جرادة وبيضة يأخذها ، وما أشبه ذلك ، وكذلك المرتد ، ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وقاره كما يذبح بسكينه ، ولو ذبح شاة أو بقرة فتحركت بعد الذبح أو خرج منها دم تحل،وإن لم تتحرك ولم يخرج منها الدم ، لم تحل ، وهنا إذا لم يدرك حياته وقت الذبح ، فإن علم حل . ولو ذبح الموقوذة أو المسفوفة البطن أو المريضة وفيها حياة ، حل في ظاهر المذهب ، بقوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ فيما ذبح ولا يفصل في ظاهر الرواية . وفي المحيط: وعليه الفتوى . وعن أبي حنيفة «رح» إن كان بحال يعيش يوماً لولا الذكاة يحل وإلا لا .

وعن أبي يوسف : إذا كان بحال يعيش أكثر اليوم لولا الذكاة ، يحل وإلا لا .

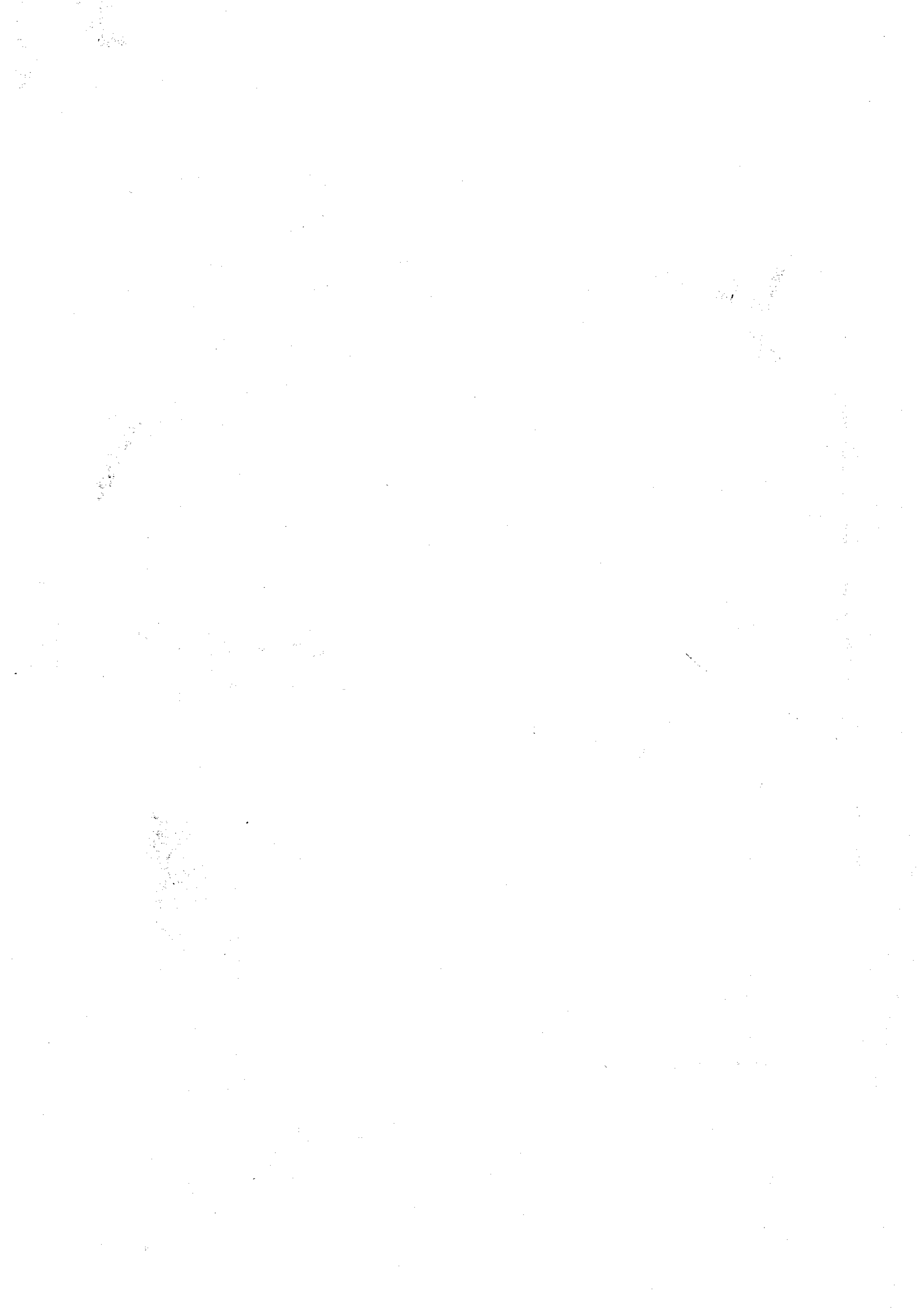
وفي المحيط : ذبح شاة وقيل إن كان أكثر رأيه أنها حية أكل وإلا لا .

وقيل : إن تحركت أكل خرج الدم أو لا وإن خرج الدم ولم يتحرك لم يؤكل .

---

(١) أي الأئمة الثلاثة « رح » . (٢) أي عند أبي حنيفة «رح» .

تمّ الجزء العاشر من البناية في شرح الهداية
ويليه الجزء الحادي عشر مبتدئاً بكتاب الأضحية



فهرس الجزء العاشر

صفحة

٣ ﴿ كتاب الولاء ﴾

٤ مناقشة حديث إن مولى القوم منهم

٦ لمن يكون الولاء .

٩ فيما إذا شرط المعتق أن يكون العبد سائبة بعد الإعتاق .

١٨ الخلاف فيمن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً لمن ولاء الأولاد .

٢٢ لمن يكون النسب إذا كان الأبوان معتقين ؟

٣٣ فصل في ولاء الموالاة .

٣٦ مناقشة حديث « سئل رسول الله عن رجل أسلم على يد رجل آخر . . . » .

٤٣ ﴿ كتاب الاكراه ﴾

٤٤ صفة الاكراه .

صفحة

٤٥ فيما إذا أكره على بيع بالضرب أو القتل .

٥٠ الخلاف فيما يجعل البيع بعد الإكراه ، فاسداً ، أو رهناً أو بيعاً جائزاً .

٥٢ إن قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع .

٥٤ إن هلك المبيع في يد المشتري المكره ضمن قيمة البيع .

٥٦ فصل في حكم الاكراه الواقع في حقوق الله .

٥٦ في الإكراه على أكل المحرمات أو شرب الخمر .

٥٩ فيما إذا أكره على الكفر بالله تعالى ، وسرد قصة عمار بن ياسر .

٦٦ فيما إذا أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه .

صفحة

٧١ في الاكراه على الطلاق أو عتق العبد .

٧٢ في الرجوع على الآمر بالمهر أو بقيمة العبد .

٧٥ حكم الاكراه في التوكيل بالطلاق والعتاق .

٧٦ حكم الاكراه في اليمين والظهار والرجعة والايلاء والفيء .

٧٨ حكم الاكراه على الزنا .

٧٩ حكم بقاء الزوجية فيما إذا أكره على الردة .

٨١ في الاكراه على الاسلام حتى حكم باسلامه .

٨٢ الحكم فيما إذا صلى للصليب وسب محمداً النبي ﷺ وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي ﷺ .

٨٦ ﴿ كتاب الحجر ﴾

٨٧ سبب الحجر على الصغير والرقيق والمجنون .

٨٨ في بيع الثلاثة وشراؤهم .

٩٢ في عقود الصبي والمجنون .

٩٢ مناقشة حديث « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » .

صفحة

٩٧ فيما إذا أقر بعد الحرية بمال .

١٠٠ (باب الحجر للفساد)

١٠١ الخلاف في الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه .

١٠٦ فيما إذا حجر عليه قاض ثم أبطله قاض آخر .

١٠٨ في تسليم الغلام البالغ ماله غير رشيد .

١١٢ في البيع والشراء قبل حجر القاضي .

١١٦ فيما إذا ادعى المحجور عليه ولداً من جاريته .

١١٧ في زواج المحجور عليه .

١١٨ في إخراج الزكاة من مال السفيه .

١٢٠ ما يلزم المحجور عليه إذا نذر أو ظاهر أو حلف .

١٢٠ في إرادة الحج والعمرة .

١٢٣ الخلاف في الحجر على الفاسق .

١٢٥ فصل في حد البلوغ

١٢٥ ما يكون به البلوغ .

١٢٦ الخلاف في عمر البالغ إذا لم يوجد منه إنزال أو وطء .

١٣٢ (باب الحجر بسبب الدين)

١٣٢ الخلاف في الحجر في الدين .

١٣٥ في الأخذ من الدائن ماله بغير إذنه لسداد دينه .

صفحة

١٣٩ هل الأولى سد الدين أو الانفاق على الزوجة والأولاد من مال المفلس ؟

١٤٢ ولا يحول بين المفلس وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس ويأخذون فضل كسبه والخلاف فيه .

١٤٥ الحكم إذا كان الدين للرجل على المرأة المفلسة .

١٥٠ ﴿ كتاب المأذون ﴾

١٥٠ تعريف الاذن لغة وشرعاً

١٥٤ إذن المولى لعبده بالتجارة والغبن فيه .

١٥٦ المحاباة في مرض الموت .

١٥٧ هل للمأذون بالتجارة أن يرهن ويرتهن ؟

١٥٧ الخلاف فى جواز شركة العنان للمأذون له .

١٦١ الحكم فيما إذا أذن للعبد في شيء بعينه .

١٦٣ هل للعبد المأذون له أن يتزوج؟

١٦٥ ولا يعتق العبد المأذون له بالتجارة على مال .

١٦٩ فى ديون العبد المأذون له .

١٧٣ فى تقسيم ثمن العبد بين الغرماء بالحصص .

صفحة

١٧٦ فى الحجر على العبد المأذون له بالتجارة .

١٧٩ حكم الحجر فيما إذا ولدت المأذون لها من مولاها .

١٨٠ فيما إذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها .

١٨١ في إقرار المأذون له إذا حجر عليه والخلاف فيه .

١٨٤ الخلاف فى إعتاق المأذون له إذا حجر عليه من دين يحيط برقبته .

١٨٨ فى بيع المريض من الوارث بمثل قيمته .

١٩٣ حكم الدين إذا اعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون .

٢٠٢ فصل في أحكام إذن الصغير

٢٠٢ فى إذن ولي الصبي للصبي فى التجارة .

٢٠٥ سبب الحجر فى الصغير .

٢١١ ﴿ كتاب الغصب ﴾

٢١١ تعريف الغصب لغة وشرعاً .

٢١٣ فى ضمان من غصب مكيلا أو موزوناً .

٢١٦ فى ضمان من غصب لا مثل له .

٢٢٢ فى غصب ما ينقل ويحول .

صفحة

٢٢٦ فى نقص ماغصب بفعل الغاصب .

٢٣٣ هلاك العبد المغصوب .

٢٣٥ حكم الربح فيما إذا اشترى شيئاً وباعه بأكثر من ثمنه .

٢٣٧ فصل فيما يتغير بفعل الغاصب .

٢٤٥ ما يفيده حديث « أطعموهـــا الأسارى » .

٢٤٨ إن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير .

٢٥٠ إن غصب ساجة فبنى عليها .

٢٥٣ فى ذبح شاة الغير بغير أمره .

٢٥٦ فى قطع طرف المملوك .

٢٥٧ مسألة من خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً .

٢٥٩ مسألة غصب أرض الغير .

٢٦٠ مناقشة حديث ليس لعرق ظالم حق

٢٦٤ فى صبغ الثوب المغصوب .

٢٦٨ مناقشة مسألة السويق المغصوب إذا قلي .

٢٧١ فصل فى مسائل متفرقة تتعلق بالغصب .

٢٨١ في ضمان ولد الظبية المخرجة من الحرم .

٢٨٧ في الزنى في الجارية المغصوبة .

صفحة

٢٨٩ فيما إذا جنت الجارية المغصوبة وهي في يد الغاصب .

٢٩٤ فصل في غصب ما لا يتقوم .

٢٩٤ في إتلاف المسلم خمراً لذمي أو خنزير .

٢٩٩ إن غصب المسلم من مسلم خمراً فخللها .

٣٠٢ في إستهلاك الغـــاصب الخل المغصوب .

٣٠٧ في استهلاك الغاصب الجلد الذي دبغه .

٣١٢ مسألة من كسر لمسلم بربطـاً أو طبلا أو مزماراً أو دفاً والخلاف في ذلك .

٣١٨ فيمن غصب أم ولد أو مـدبرة فماتت في يده .

٣٢٠ ﴿ كتاب الشفعة ﴾

٣٢٠ تعريف الشفعة لغة .

٣٢١ سبب تسميتها شفعة .

٣٢١ حكم الشفعة .

٣٢١ لمن تثبت الشفعة ؟

٣٢٤ مناقشة حديث « جـــار الدار أحق بالدار » .

٣٢٧ مناقشة حـديث « الجار أحق بسبقه » .

صفحة

٣٢٩ الخلاف في شفعة الجوار .
٣٣٠ مناقشة أحاديث الأحناف في الشفعة .
٣٣٣ دليل الأحناف العقلي .
٣٣٦ دليل الترتيب في أحقية الشفعة .
٣٤٠ وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة .
٣٤٦ ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة .
٣٤٧ الخلاف فيما إذا اجتمع الشفعاء .
٣٥٢ وجوب الشفعة بعقد البيع .
٣٥٥ استقرار الشفعة .
٣٥٦ تملك الشفعة .
٣٥٨ (باب طلب الشفعة والخصومة فيها) .
٣٥٨ أوجه الطلب .
٣٥٩ أوجه بطلان الشفعة .
٣٦٣ الاشهاد في طلب الشفعة عند بلوغ الخبر .
٣٦٧ سقوط الشفعة بتأخير الطلب .
٣٧٣ في عجز الشفيع عن البينة .
٣٧٥ في جواز المنازعة في الشفعة .
٣٨١ ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع .

صفحة

٣٨٣ خيار الرؤية في الشفعة .
٣٨٥ فصل في الاختلاف .
٣٨٥ اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن .
٣٨٧ خلاف البائع مع المشتري .
٣٨٨ إذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل .
٣٩٢ فصل فيما يؤخذ به المشفوع .
٣٩٢ فيما إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن .
٢٩٣ زيادة البائع للمشتري .
٣٩٣ كيف تكون الشفعة إذا اشترى داراً بعرض أو بمكيل أو موزون
٣٩٥ بيع العقار بالعقار .
٣٩٥ في البيع بثمن مؤجل والخلاف فيه
٤٠٢ فصل مشتمل على مسائل بغير المشفوع .
٤٠٢ إذا غير المشتري بغرس أو غيره ثم قضي للشفيع بالشفعة .
٤٠٤ حكم الغرس والبناء الذي غرسه وبناه المشتري ثم قضي للشفع.
٤١٥ (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) .
٤١٥ حكم الشفعة والخلاف فيما لا يقسم
٤١٨ الخلاف في شفعة العروض والسفن

صفحة

٤١٩ الشفعة في البنـاء والنخل إذا بيعت دون العرصة .

٤٢١ وللمسلم والذمي في الشفعة سواء.

٤٢٣ شفعة الدار التي يتزوج الرجل عليها

٤٣٠ ولا شفعة في هبة .

٤٣١ ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع .

٤٣٥ هل في الشراء الفاسد شفعة ؟

٤٣٩ فيما إذا قسم الشركاء العقـار ، هل تكون الشفعة لجارهم ؟

٤٤٣ (باب ما تبطل به الشفعة)

٤٤٣ البطلان بترك الاشهـاد مع الاستطاعة .

٤٤٤ البطلان فيما إذا صالح من شفعته على عوض .

٤٤٩ بطلان الشفعة إذا مات الشفيع.

٤٥١ بطلان شفعة الشفيع إذا باع ما يشفع به قبل أن يقضى له .

٤٥٩ فصل في الحيل التي تبطل بهـا الشفعة .

٤٦٥ مسائل متفرقة

٤٧٨ ﴿ كتاب القسمة ﴾

٤٧٨ شرعية القسمة في الأعيان المشتركة

٤٨٣ تنصيب القـاضي قاسماً بين الشريكين .

صفحة

٤٨٥ عدم إجبار القاضي النـاس على قاسم واحد .

٤٨٦ أجرة القسمة ، والخلاف فيها .

٦١٧ في ادعاء الشركاء داراً وضيعة أنها إرثاً لهم .

٤٨٩ فيما إذا ادعى الوارثان داراً أقاما البينة .

٤٩٩ فصل فيما يقسم وما لا يقسم

٤٩٩ في طلب أحد الشركاء القسمة .

٥٠٣ تقسيم الجنسين بعضها في بعض .

٥٠٤ تقسيم الأواني .

٥٠٥ تقسيم الثياب .

٥٠٧ تقسيم الرقيق والجواهر .

٥١٠ في تقسيم البناء .

٥١٤ تقسيم الدار والحانوت .

٥١٦ فصل في كيفية القسمة .

٥١٧ القرعة في القسمة .

٥٢١ في إدخال الدراهم والدنانير القسمة

٥٢٣ في حظوة أحد الشركاء بمسيل أو طريق من دون الآخر .

٥٢٩ الخلاف في تقسيم العلو والسفل إذا وجد واحد منها فقط .

٥٣٩ (باب دعوى الغلط في القسمـة والاستحقاق فيها)

٥٤٠ قبول دعوى الغلط .

صفحة	
٥٤٤	فصل في بيان الاستحقاق .
٥٥٤	فصل في المهايأة
٥٥٥	حكم المهايأة .
٥٥٨	التهايؤ في العبد الواحد على خدمة هذا يوم وهذا يوم .
٥٦١	التهايؤ في دارين .
٥٦٤	لو زادت الغلة في نوبة أحد الشريكين .
٥٧٠	﴿ كتاب المزارعة ﴾
٥٧٠	بطلان المزارعة بالثلث والربع.
٥٧١	تعريف المزارعة لغة وشرعاً .
٥٧٢	حكم المزارعة .
٥٧٩	شروط المزارعة .
٥٨٢	أوجه المزارعة عند أبي يوسف ومحمد
٥٨٧	وجهان آخران ذكرهما المصنف.
٥٨٨	شروط صحة المزارعة .
٥٩٣	فيما إذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط .
٥٩٤	في حال الفساد فالخارج لصاحب البذر .

صفحة	
٥٩٨	امتناع صاحب البذر من العمل بعد عقد المزارعة .
٥٩٩	امتناع صاحب الأرض والبذر من قبله .
٦٠٠	بطلان المزارعة في موت أحد المتعاقدين .
٦٠٢	فسخ المزارعة .
٦٠٣	في بيع الأرض بالدين قبل الاستحصاد .
٦٠٧	موت المزارع بعد نبات الزرع .
٦٠٩	فى الشروط الفاسدة .
٦١٣	﴿ كتاب المساقاة ﴾
٦١٣	الخلاف في جواز المساقاة بجزء من الثمر .
٦١٤	أركان المساقاة .
٦١٦	الشروط في المساقاة
٦٢١	جواز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب ...
٦٢٣	المساقاة في النخل الذي عليه ثمر .
٦٢٤	فساد المساقاة .
٦٢٥	بطلان المساقاة .
٦٢٨	فسخ المزارعة .
٦٣٢	(كتاب الذبائح)
٦٩١	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل